الصورية في القانون المدني المصري
بين النظرية والتطبيق
دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي

تأليف

دكتور / رأفت محمد حماد

كلية الشريعة والقانون

جامعة الازهر ـ فرع دمنهور

بسم الله الرحمن الرحيم

الصورية فى القانون المدنى المصرى
بين النظـــــرية والتطبيق
« دراسة مقارنة بالفقه الاسلامى »

١ ــ تمهيـــد :
(التطور التاريخى لأصل الصورية)

قبل أن نلقى الضوء على وضع الصورية فى القانون المــدنى المصرى وما يقابلها فى الفقه الاسلامى من الحيل • يلزم أن نوضح كيف ومتى وجدت الصورية فى المعاملات • فيرى فقهاء القانون أن البداية فى سلسلة تطورات الصورية فى التصرفات أنها وجــدت فى القوانين القديمة وعلى الأخص فى القانون الرومانى «Jus, civile» صورية قانونية Slnulutiou, loyalé من عمل القانون نفسه وحيله «Fictions» • وأن العوامل الاجتماعية هى التى أدت الى ظهور هذه الصورية القانونية فى القانون الرومانى القديم (١) •

وكانت الشكليات المادية فى القوانين القديمة هى السائدة فى تلك القوانين وجاءت هذه الشكليات بفعل القوانين الطبيعية ونتيجة لولع الاقدمين بتجسيد المعنويات واعطائها كيانا يدرك بالرؤيا أو بالسمع ، وكانت الشكلية وسيلتهم فى ذلك ، وكانت تتم بالصورة التى حددها قانون الالواح الاثنى عشر ولكن تحت ضغط الحاجــة ومســايرة لمدينة « روما » ، ظهرت التصرفات القانونية التى تصب فى قوالب وصور مختلفة من الشكلية المادية ، وهنا ظهرت الصورية القانونية نتيجة لهذه الشكلية الرمزية ، وتحت ضغط الحاجــة والتطــورات الاجتماعية والاقتصادية كانت الصورية القانونية من عمل القانون وافتراضاته (Ficeions) .

(١) أنظر د. أحمد مرزوق نظرية الصورية فى التشريع المصرى ، رسالة دكتوراه طبعة ١٩٥٧م ص ١٥ •

وقد استخدمت الصورية فى القانون الرومانى فى أغراض شتى فظهرت الصورية فى دائرة التصرفات الناقلة للملكية ، وفى دائرة الحقوق والالتزامات الشخصية • وعلى سبيل المثال : الاشهار [1] كوسيلة لنقل الملكية حيث سمح فى استعماله لتوسيع دائرة التصرفات القانونية ، ولذلك وجدت التصرفات الظاهرة Jes,actes, apperents وأصبح الاشهار ستارا وطريقا غير مباشر لتصرفات قانونية مختلفة • فلم يكن المتعاقدان يقصدان عقد البيع الظاهرى الصورى بل كانا يقصدان العقد المستتر الحقيقى ، ومع ذلك استمر الرومان يقولون أن الشىء قد انتقلت ملكيته بطريق السبيكة والميزان «Per, aes, libran» [2]

وقد استعملت دعوى الصورية أيضا فى القانون الرومانى كوسيلة لتوسيع دائرة التصرفات القانونية ومن أمثلتها : استخدام الدعوى الصورية كطريقة لنقل الملكية من شخص الى آخر ، فترفع فى صورة دعوى استرداد «rerendicatio» فاذا أراد الشخص أن يكتسب شيئا من آخر على سبيل البيع أو الهبة مثلا تنفيذا لاتفاق سابق كان عليه أن يرفع دعوى الملكية أى الاسترداد «action, en, revendicotion» على البائع أو الواهب أمام الحاكم القضائى ، وفى خلال الدور الأول من الدعوى يحضر الطرفان أمام الحاكم القضائى ويقرر المكتسب بأنه مالك للشىء المراد نقل ملكيته اليه طبقا لأحكام القانون المدنى • ثم يسأل « البريتور » الناقل اذا كان لديه وجه اعتراض فاذا سكت أو أجاب سلبا حكم القاضى بالحاق الشىء لملكية المكتسب [3] •

---

(1) الاشهار : كان يستلزم حضور ثمانية أشخاص على الأقل هم ناقص الملكية ومكتسبها وخمسة شهود رومانيين ذكور بالغين وآخر يحمل ميزانا مع استحضار المراد نقل ملكيته ، ويتفوه المكتسب (المالك الجديد) بعبارات رسمية معينة ثم يضرب الميزان بسبيكة برونزية ويسلمها الى ناقل الملكية (المالك السابق) — أنظر د• عبد الناصر العطار الوجيز فى تاريخ القانون ج ١ ص ١٤٦ •

(2) أنظر فى ذلك كيك ، نظم القانون الرومانى فى العهد القديم ص ٢٠٧ ، ٢٦٢ •

(3) أنظر فى ذلك : د• على بدوى مبادىء القانون الرومانى صفحة ١١٢ ، ١١٣

٢ — **أما فى القانون الفرنسى القديم** : فظهرت الصورية القانونية أيضا أسوة بالقانون الرومانى القديم ، لأن الشكلية المادية كانت سائدة فى العصر الفرنجى من تاريخ القانون الفرنسى القديم فلم يكن لمذهب سلطان **الارادة** مجال فى هذا القانون ومن أمثلة الشكلية فى التعاقد التفوه بالفاظ معينة مع امساك عصا (fistuca) ، ونظرا لتطور الحياة الاجتماعية ، وضغط الحاجة ظهرت الصورية القانونية فى القانون الفرنسى القديم ومن أمثلتها • استخدامها — أى الحيل القانونية — فى انشاء نظام بشبه نظام التبنى كان الغرض منه اقامة وارث بطريق العقد اذ ينقل المتبنى الى وارثه فى المستقبل جميع أمواله أمام شهود وبمقتضى عقد رسمى ، ويسلمها اليه على أن يلتزم المتبنى برد ما استلمه الى المتبنى فى خلال اثنى عشر شهرا • أى أن هذا التسليم كان صوريا وأن الغرض من كل ذلك ليس نقل الملكية ولكن كان الغرض التبنى واقامة وارث بالعقد (١) •

وكانت الصورية تعتبر غير مشروعة اذا كان الغرض منها الغش والاضرار بحقوق الغير أو الغش نحو القانون • المبدأ السائد فى القانون الفرنسى ، أن الصورية ليست بذاتها سببا لبطلان العقد وأن العقد المستتر يعتبر صحيحا منتجا لكل آثاره القانونية بين المتعاقدين طالما لم يكن هناك غش نحو القانون • فمثلا حرم القانون القرض بفائدة كما كان الحال فى القانون الرومانى ، وقد أقر القضاء الفرنسى صراحة حالات الصورية باعتبارها صورية مشروعة منهـا : البيع بطريق المزاد الاختيارى (٢) Lovente, Par, decret « volontaire

التقرير بالشراء عن الغير (٣) La vente, par, decret «volontaire

هـذا وقـد تنـاولها التقنـين الفـرنسى الحـديث الصـادر

---

(١) انظر جلاسوف ، فى نظرية الصورية ص ١٥ •

(٢) أنظر tabour فى طرق التنفيذ الباب الثانى ص ٢٩٥ •

(٣) أنظر Baumanoir الجزء الأول الفصل ٢١ ص ٣٩٤ •

سنة ١٨٠٤ فنص فى المادة ١٣٢١ منه على أن العقد المستتره لا تنتج آثارها الا فيما بين المتعاقدين ولا يكون لها أثر ضد الغير [1] .

٣ — **أما الصورية فى القانون المدنى المصرى** : فقد نقلها من القانون الفرنسى المصدر التاريخى للقانون المدنى المصرى . فنص عليها فى أجزاء مختلفة حيث لا توجد لها فى التقنين المدنى المصرى نظرية عامة ، ولم يخصص المشرع الوضعى بابا خاصا يجمع شتات أحكامها .

فنص عليها فى المادة ٤٨٨ مدنى ، المقابلة للمادة ٤٨/٧٠ مدنى قديم والمادتين ٢٤٤ ، ٢٤٥ مدنى مصرى ، المقابلة للمادة ١٣٢١ من القانون المدنى الفرنسى وقد وضع المشرع المدنى المصرى المادتين الأخيرتين فى الفصل الثالث من الباب الثانى تحت عنوان ما يكفل حقوق الدائنين من وسائل التنفيذ ووسائل الضمان فى الشق الخاص بآثار الالتزام بالنسبة لذمة المدين . وهذا ما سيتضح لنا عند عرض الصورية فى هذا البحث .

ولكننا نختلف مع القائلين بأن الصورية وجـدت مع وجـود القانون الرومانى — فيرون أن الأساس التاريخى للصورية يكمن فى هذا القانون فنرى أن الصورية أى الحيل قديمة قدم التاريخ نفسه ، وقد ظهرت الصورية أو الحيل فى الأمم السابقة ، ونزلت فيها أحكام خاصة على لسان الأنبياء والمرسلين ، ومما يؤكد ما نقوله ما تؤيده الأدلة والنصوص التى توضح لنا أن الصورية أو الحيل تتبدى أيام أيوب عليه السلام فى قصته مع زوجته . حيث ذكر الجصاص عن ابن عباس « أن أيوب عليه السلام قال لزوجته ان شفانى الله ضربتك مائة سوط فأخذ شماريخ قدر مائة فضربها ضربة واحـدة » [2] ، كما أن القرآن الكريم قد ذكر لنا ألوان شتى من حيل اليهود الماكرة ،

(١) أنظر Les coutre - letteres ne pauvent, avoir leure effet quentre les paries contractantss elles n' ont point d' effet contre les tires»

(٢) أنظر فى ذلك المختصر للشافعى جـ ٥ ص ٢٣١ .

وأساليبهم الطائشة ومعاقبة الله تعالى لهم على اساءة استخدامها والتغامل عن أهدافها . والفرق بين حيلة أيوب المشروعة مع زوجته كما ذكرها التنزيل الحكيم فى قول الله تعالى « وخذ بيدك ضغثا فاضرب به ولا تحنث » (١) ، وبين حيل اليهود المحرمة . أن الأولى : استهدفت مقصدا مشروعا حسنا هو الاحسان الى المرأة التى أخلصت لزوجها . أما اليهود فقد أخلوا بالعهد الذى أخذوه على أنفسهم بتحريم الصيد فى يوم السبت تفرغا الى عبادة الله ، فكانت حيلتهم بنصب الشباك يوم الجمعة وأخذوا الصيد يوم الأحد ، وصورة الفعل الذى فعلوه مخالفا لما نهوا عنه ، ولكنهم لما جعلوا الشباك والحفائر ذريعة الى أخذ ما يقع فيها من الصيد يوم السبت نزلوا منزلة من اصطاد فيه ، اذ صورة الفعل لا اعتبار بها ، بل بحقيقته وقصد فاعله . فكانت الحيلة مخلة بالعبادة مهدرة لقدسيتها مؤثرة متاع الدنيا الزائل على ما عند الله الدائم (٢) ، ومثلها كمثل التحايل فى البيع وقت النداء للجمعه وعدم تركه بالمرة للتفرغ لها (٣) .

هذا وقد انتقلت الحيلة أى الصورية من عصر الى آخر واختلفت أساليبها للتخلص من ضيق أو الافادة من سعة أو الوصول الى حق . أيضا استخدمت لتك الحيل أو الصورية لتحقيق أغراض غير مشروعة كالحيل لاسقاط الزكاة كقوله صلى الله عليه وسلم « لا يجمع بين متفرق ولا يفرق بين مجتمع خشية الصدقة » (٤) وهـ ذا النص فى تحريم الحيلة المقضية الى اسقاط الزكاة عنه بالفرار منها (٥) .

---

(١) سورة ص آية رقم ٤٤ .
(٢) أنظر اعلام الموقعين جـ ٢ ص ١٥٨ .
(٣) اعلام الموقعين جـ ٢ ص ١٣٨ .
(٤) أنظر البخارى جـ ٢ ص ١٤٥ — نيل الاوطار للشوكانى جـ ٤ ص ١٤٥ سبل السلام جـ ٢ ص ١٢٣ .
(٥) د محمد محمد ابراهيم الشرقاوى الحيل الشرعية رسالة دكتوراه طبعة ١٩٧٣م ص ٨١٧ — الموافقات للشاطبى جـ ٢ ص ٣٨٢ .

ومما سبق نجد أن وجود الصورية أى الحيل كان أسبق من القانون الرومانى • فنرى أنها وجدت مع وجود الانسان نفسه على الارض ثم تطورت بعد ذلك وانتقلت من عهد الى عهد الى أن أصبحت على الشكل الذى تناوله القانون الرومانى ثم الفرنسى ثم المصرى •

هذا وبعد هذا التمهيد التاريخى لحقيقة وجود الصورية ستكون خطة البحث على النحو التالى :

الفصل الاول :

تعريف الصورية (الحيل) والتمييز بينها وبين ما يشتبه بها فى القانون المدنى المصرى والفقه الاسلامى •

الفصل الثانى :

مدى مشروعية الصورية (الحيل) فى القانون المـدنى المصرى والفقه الاسلامى •

الفصل الثالث :

أنواع الصورية (الحيل) فى القانون المدنى والفقه الاسلامى •

الفصل الخامس :

اثبات الصورية (الحيل) فى القانون المدنى والفقه الاسلامى •

الفصل السادس :

أثر الصورية (الحيل) فى القانون المدنى والفقه الاسلامى •

الفصـــــل الأول

تعريف الصورية (الحيل) والتمييز بينها وبين ما يشتبه بها فى القانون المدنى والفقه الاسلامى

٤ ــ فى هذا الفصل نتناول بالشرح تعريف الصورية مع التمييز بينهـا وبين ما يشتبه بها فى القانون المدنى المصرى وتعريف الحيل فى الفقه الاسلامى • مع عقد مقارنة بين التعريفين لبيان ما اذا كانت الحيل فى الفقه الاسلامى • مع عقد مقارنة بين التعريفين لبيان ما اذا كانت الحيل فى الفقه الاسلامى هى التى تقابل الصورية فى القانون المدنى من عدمه • مع ايضاح أوجه الاتفاق والاختلاف بينهما على الوجه الآتى :

المبحث الأول

تعريف الصورية والتمييز بينها وبين ما يشتبه بهـا فى القانون المـدنى

٥ ــ تعـــريف :

الصورية (الحيل) فى اللغة [1] ••• تصـــورت الشىء مثلت صورته وشكله فى الذهن فتصور هو وقد تطلق الصورية ويراد بهـا الصفة كقولهم صورة الأمر كذا أى صفته ومنه قولهم صورة المسألة كذا أى صفتها •

والصورة بمعنى الشكل : اعطـاء الأمر شكلا يوافق الصحة والحقيقة وهو ليس كذلك • وهو ما يتفق مع معنى « الحيلة » • عند

(١) أنظر المصباح المنير ج ١ الصاد مع الواو وما يثلثهما ص ٤٧٩ •

فقهاء الفقه الاسلامى والتى تعنى لغة (١) : الحذق فى تدبير الامور وهو تقليب الفكر حتى يهدى الى المقصود وأصلها الواو واحتال طلب الحيلة « وكل حيلة يحتال بها الرجل لابطال حق الغير أو لادخال شبهه فهى مكروهة ، يعنى تحريما » (٢) •

ومما سبق نجد أن الصورية والحيل يشتركان فى اعطاء ما ظاهره الصحة والسلامة وليس كذلك ومن هنا جاء الرابط بين الصورية والحيلة فكليهما أمر حيلى وصورى واحد •

الأمر الذى الذى دفعنا فى هذا البحث للمقارنة بين الصورية فى القانون المدنى ، والحيل التى تنصب على التصرفات دون الوقائع فى الفقه الاسلامى فالحيل فى الفقه الاسلامى فى هذا الجانب تقابل الصورية فى القانون المدنى المصرى مع اختلاف المسميات فقط • فالحيل أشمل وأعم — فى التصرفات وفى الوقائع — أما الصورية فى القانون المدنى تنصب على التصرفات •

أما الصورية اصطلاحا : فهى اصطناع مظهر كاذب فى تكوين تصرف قانونى (٣) فالصورية يلجأ اليها المتعاقدان عادة لاخفاء حقيقة ما تعاقدا عليه بسبب قام عندهم ، ومهما كان الشكل الذى تتخذه الصورية فهى تشمل على « وجود اتفاق خفى ، يزدوج بالاتفاق الظاهر ، ليعود أو يغير أو ينقل آثاره (٤) •

---

(١) أنظر كتاب المصباح المنير جـ ١ ص ٢١٥ باب الحاء مع الواو وما يثلثهما مادة حول — وجاء فى لسان العرب جـ ١٣ ص ١٩٦ مادة حول ص ٦ « الحيل جمع حيلة ، والحيلة مشتقة من الحول — فهى من حال يحول حولا ، فالحول الحيلة ، قال ابن سيد : الحول ، والحيل ، والحول بكسر الحاء وفتح الواو — والحيلة ، والحول بفتح الحاء وكسر الواو — والمحالة بفتح الميم الحاء — والاحتيار والتحول التحيل كل ذلك : الحذق وجودة النظر والقدرة على دقة التصرف » .

(٢) أنظر غمز عيون البصائر شرح كتاب الاشياء والنظائر وشرح الحموى جـ ٤ ص ٢١٩ — ٢٢٠

(٣) أنظر د. جمال زكى « حسن النية فى كسب الحقوق » رسالة دكتوراه فقرة ١٢٦ .

(٤) Ripert et Boulanger, Traite elementaire de planiol 2 e édilion, Paris - 1946 - 1947 p 580 .

أى هى الاتفاق على اخفـــاء الحقيقـــة (Iaverité)
تحت ستار مظهر قانونى كاذب (Fansse, Apperence, de Droit)

والتعريف السابق يوضح لنا أن الصورية تبنى على وجـــود ارادة ظاهرة لطرفى الصورية وارادة باطنة أى مستترة لهما ايضـــا يخفيان ورائهـــا التصرف الحقيقى • ولهذا يلزم أن نوضح موقف الفقه والمشرع الوضعى ، والفقه الاسلامى من الارادة الباطنـــة والارادة الظاهرة •

ما هية الارادة الباطنة (Volonté Ihteune)

والارادة الظاهرة Volonté déclarée)

٦ ــ سنتناول بحث موضوع الارادة الباطنة والارادة الظاهرة من خلال عرض موقف للفقه والمشرع الوضعى ، والفقه الاسلامى على النحو التالى :

٧ ــ الفقه الوضعى :

الارادة الظاهرة : هى المظهر الخارجى الذى تسلكه الارادة للتعبير عنها • **أما الارادة الباطنة** : فهى الشىء الـــكامن فى النفس والذى لم تسلك مظهرا خارجيا للتعبير عنها • والارادة مسألة نفسية ، وأن القانون لا يعتد بها ، ولا يرتب أثرا عليها الا اذا اتخذت مظهرا خارجيا ، أى اذا عبر عنها • والشخص عند تعبيره عن ارادته قـــد يصدر منه تعبير لا يتفق مع ما يريده أ ىاختلفت الارادة الحقيقية عن مظهرها الخارجى ، وهـــو ما يســـمى « بالتحفظ الـــذهنى » « reserve mentole » كما لو أخطأ تاجر فوضع سعر سلعة معينة على سلعة أخرى ، أو اذا ذهب شخص لشراء سيارة معينة ، فأخطأ وأشار الى سيارة أخرى غير التى قصدها •

— فهنا هل يعتد بالتعبير عن الارادة الظاهرة أم بالارادة — الحقيقة الباطنة ؟ [1] •

— فى الاجابة على هذا التساؤل ظهرت نظريتان الاولى تسمى النظرية الفرنسية • سنعرضهم على النحو التالى موضحا موقف المشرع المصرى منهما :

أولا : النظرية الالمانية [2] :

ذهب الفقه الألمانى الى اعطاء التعبير عن الارادة قيمة ذاتية • فهو الظاهرة الاجتماعية التى تصل الى علم الغير ويركن اليها وينشأ عنها الأثر القانونى [3] ، ومن ثم فهذا التعبير هو أساس الالتزام ، وينبغى الوقوف عنده وحده حتى ولو كان غير مطابق مع الارادة الداخلية ، لأن الجرى وراء هذه الارادة يضيع الثقة المشروعة التى أحدثها التعبير عن طريق اطمئنان المتعاقد الآخر اليه [4] • أى أن هذا الاتجاه انبرى الى الأخذ بالارادة الظاهرة لاعتبارات عملية وهى وجوب استقرار التعامل بين الاطراف • ولا شك فى أن هذا المذهب كفيل بتحقيق الاستقرار فى نطاق الروابط القانونية ، وأكثر استجابة لمقتضيات الائتمان •

---

(١) أنظر د• عبد الودود يحيى الموجز فى النظرية العامة للالتزامات « مصادر اللتزام طبعة ١٩٨١م ص ٢٨ — د• عبد الناصر العطار نظرية الالزام فى الشريعة الاسلامية والتشريعات العربية طبعة ١٩٧٥ ص ٤١ — د• أحمد سلامه مذكرات فى نظرية اللتزام — مصادر الالتزام ط ١٩٧٨م ص ٧٨ — ٧٩ د• جمال زكى الوجيز فى النظرية العامة للالتزامات طبعة ٧٨ ص ٧٠ — ٧١ بند ٣٨ •

(٢) أنظر ريج ، دور الارادة فى تكوين العمل القانونى فى القانون المدنى الفرنسى والالمانى طبعة ١٩٦١م ص ١٥ وما بعدها ص ١٢٩ ، ١٣١ •

(٣) أنظر ويبير **Ripert** وبولانجيه **Boulanger** على وجيز بلانيول **Planiol** ج ٢ فقره ١٧٨ طبعة ١٩٤٦ — ١٩٤٧ باريس — كولان **Colin** وكابيتان **Capitant**
Colin, et, Captant, Cours, élémentaire, de, droit, Ioe editien, par Julliol, DE, la Morandiéré, p2 N. 42. Paris, 48 .

(٤) أنظر د• أحمد سلامه المرجع السابق بند ٤٢ ص ٧٨ — د• جمال زكى المرجع السابق بند ٣٨ ص ٧١ — ٧٢ ، د• عبد الناصر العطار المرجع السابق ص ٤١ •

وقد بلغت نظرية الارادة الظاهرة أوج مجدها في فكر الفقهاء الألمان لاسيما فى النصف الثانى من القرن ١٩ ٠

ثانيا : النظرية الفرنسية [1] :

ذهب الفقه الفرنسى الى القول بوجوب الأخـذ **بالارادة الباطنة** : أى بما قصدته الارادة لأنهم يرون أن التعبير عن الارادة ما هو الا وسيلة للكشف عنها وبالتالى لاعبرة بهـذا التعبير اذ لم يكشف عن الارادة الحقيقية وهى الارادة الباطنة سواء كانت حقيقة أو مفترضة هى التى يجب التعويل عليها ٠ وحلول هذه النظرية أو مفترضة هى التى يجب التعويل عليها ٠ وحلول هذه النظرية ما هى الا نتيجة حتمية لمبدأ سلطان الارادة autonomie, dela volenté وهو ما تأخذ به الشرائع اللاتينية ٠ الذى يستند بدوره فى نظرية العقد الى اعتبارات خلقية واضحة : ما دام الالتزام يستند الى ارادة الملتزم ، فالعبرة بارادته الحقيقية ٠ فهى التى تنشىء الالتزام ، لا العلاقة الخارجية التى تدل عليها وان كانت ضرورية لانشائه [2] ٠

— هذا وبالرغم من ذلك نجد أن بعض الفقهاء الفرنسيين قد تأثر بنظرية الارادة الظاهرة وذلك عندما بدأت النزعات الاجتماعية تأخذ اهتماما لدى رجال القانون [3] ٠

---

(١) أنظر فى عرض هذه النظرية سافينى **Saviyny** موسوعة القانون الرومانى ترجمة جينو **Geunoux** جزء ٣ ص ٢٤٩ وما بعدها — أنظر أيضا جونو شيفاليـه **G. chevall** اعلان الارادة فى مشروع تنقيح التقنين المدنى مجلة القانون والاقتصاد السنة ١٢ العددان الرابع والخامس القسم الفرنسى ص ٩٨ ، ص ١٣٥ — أنظر مازو **MAZEAUD** دروس فى القانون المدنى ج ٢ فقرة ١٢٢ — أنظر فى الفقه المصرى د. السنهورى ج ١ فقرتى ٧٨ ، ٧٩ — د. أبوستيت نظرية الالتزام سنة ١٩٥٤ ٠

(٢) أنظر د. جمال زكى المرجع السابق ص ٧١ جونو شيفاليه المرجع السابق ص ١٣٤ ٠

(٣) أنظر سالى فى اعلان الارادة ط ١٩٢٩ ص ٥ — ج شيفالييه المرجع السابق ص ٩٨ ٠

ـــ الا أنه بالرغم من الفوارق النظرية التى تبدو بين النظريتين نجد أنها من الناحية العملية ضئيلة • فكل من النظريتين تقف عنـــد المظهر الخارجى للارادة • ففى نظرية الارادة الباطنة تعتد بهذا المظهر باعتباره دليلا على الارادة الحقيقية • أما نظرية الارادة الباطنة فانها تعتد بالتعبير عن الارادة اذا عجز عن اثبات مخالفته لارادته ، وكثيرا ما يعجز خصوصا اذا أثبت تعبيره كتابة ، لأنه لا يجـــوز اثبات ما يخــــالف الـــكتابة الا بالكتابة (1) •

ـــ أما المشرع المصرى فقد تأثر بنظرية الارادة الظاهرة فالقانون لا يرتب أثرا على الارادة الا اذا تم التعبير عنها والتعبير عن الارادة لا ينتج أثره الا اذا اتصل بعلم من وجه اليه ، ذلك أن التعبير بمجرد صدوره يكون له وجود فعلى ولكنه لا يكتمل وجوده القانونى الا اذا وصل الى علم من وجه اليه (م ٩١ مدنى مصرى) وعلى ذلك نجد أن المشرع المصرى أخذ أساسا بالارادة الظاهرة لا بالارادة الباطنة ، ولكنه أيضـــا يأخـــذ بالملابسات التى تلازم هذه الارادة التى تساعد على التعرف عليها • ومن ثم فان الارادة يجب الأخذ بها هى الارادة التى يمكن التعرف عليها « Volonté reconnaissable » (2)

---

(١) أنظر مازو ، دروس فى القانون المدنى ج ٢ فقرة ١٣٣ طبعة ١٩٧٣ م باريس ـــ أنظر د• عبد الناصر العطار ـــ المرجع السابق ص ٤٢ ـــ ٤٣ ، د• عبد الودود يحيى المرجع السابق ص ٢٩ ـــ أنظر طعن رقم ١٠٠ سنة ٢١ ق جلسة ١٠٥٣/٢/٢٤ ـــ الموسوعة الذهبية ج ٧ ص ١٩١ حيث جاء فنها « متى كانت المحكمة اذ قررت أنه لا يجوز لأحد المتعاقدين اثبات صوريه العقـــد الثابت بكتابه الا بالكتابة قد استجلصت فى حدود سلطاتها الموضوعية بالأدلة السائغة التى أوردتها انتفاء المانع الأدبى فان الذى قررته هو صحيح فى القانون » •

(٢) أنظر د• عبـــد الرازق السنهورى بند ٨٠ ـــ د• محمد عمران ، الوجيز فى آثار الالتزام طبعة ١٩٨٤ ، ص ٢٦ ـــ د• اسماعيل غانم المرجع السابق ص ٩٣ ـــ د• شمس الدين الوكيل رسالةدكتوراه فى Lavente. Par. decret « volontaire en droit EGYPTIEN من جامعة باريس ١٩٥٢م •

— وعلى عكس ذلك يرى بعض من الشراح [1] أن التقنين المدنى المصرى قد بقى فى حظيرة التقنينات اللاتينية ، فالأصل عنده هو الأخذ بالارادة الباطنة ، ولكنه مع ذلك يأخذ بالارادة الظاهرة الى الحد الذى يقتضيه استقرار التعامل فتأثر بالنزعة الألمانية كما تأثرت بها التشريعات اللاتينية .

— ولكن أرى أنه اذا أمعنا النظر فى موقف التشريع المصرى بالنسبة للأخذ بالارادة الظاهرة أم الباطنة نجد أنه اتجه بقوة الى الاخذ بلارادة الظاهرة فهناك العديد من التطبيقات فى التقنين المدنى التى أخذ فيها بالارادة الظاهرة منها :

(أ) النص فى المادة ٢/١١ مدنى بخصوص تصرفات المجنون والمعتوه على أنه « اذا صدر التصرف قبل تسجيل قرار الحجز فلا يكون باطلا الا اذا كانت حالة الجنون أو العته شائعة وقت التعاقد أو كان الطرف الآخر على بينة منها » . ومن هذا التصرف نجد أن المشرع المصرى أعتد أساسا بالارادة الظاهرة دون الارادة الباطنة لانه لو كانت العبرة بالارادة الباطنة لوجب القول ببطلان تصرف المجنون أو المعتوه حتى ولو كانت حالة الجنون غير شائعة وانعقاد العقد رغم حالة الجنون اذا كانت هذه الحالة غير شائعة لا يستقيم الا اذا أخذنا بالارادة التى يمكن التعرف عليها [2] .

(ب) وليس أبلغ مما جاء فى المادة (١٥٠/١ مدنى) للدلالة على أن المشرع المصرى أخذ أسسا بالارادة الظاهرة عندما نص على أنه « اذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها

---

(١) أنظر د. السنهورى الوسيط ج ١ ص ٩٦ — ٩٩ فقرة ٨٠ ص ١٩٤ — د. حشمت أوستيت فقرة ٩٥ — د. أنور سلطان فقرة ٧٩ — د. عبد المنعم فرج الصده فقرة ٧٦ — د. سليمان مرقس فقرة ٧٧ — د. عبد الحى حجازى فقرة ١١٠ .

(٢) أنظر د. محمد عمران المرجع السابق ص ٢٧ .

عن طريق تفسيرها للتعرف على ارادة المتعـاقدين » أى أن المشرع أخذ صراحة بالارادة الظاهرة للافراد دون غيرها •

٨ ـ الفقه الاسلامى[1] :

أما موقف الفقه الاسلامى بالنسبة لعدم مطـابقة العبـارة للارادة • كأن يخطىء شخص أو ينسى فيتلفظ بعبارة تنشىء التزاما • فقد اختلف الفقهاء فى الزامه بها أو عدم الزامه تبعا لأخذه بالارادة الباطنة أم الارادة الظاهرة فى رأيين على النحو التالى :

الرأى الاول : ذهب اليه جمهور الفقهاء [2] : فيرون أن عبارة المخطىء والناسى لا يترتب عليها أى أثر ، لانعدام القصد فالشخص الذى كان يقصد الى النطق بعبارة بعت بمائة جنيه فسبق لسانه من غير قصد الى لفظ بعت بعشرة جنيهات « لم يقصـد البيع بالثمن الثانى ، وانما قصد البيع بالثمن الاول ، فيجب الا يؤخذ بما لـم يقصده ما دامت القرينة قائمة على عدم قصده •

ـ وقد احتجوا **بالكتاب** على صحة رأيهم فى قول الله سبحانه وتعالى « وليس عليكم جناح فيما أخطأتم به [3] كما احتجوا **بالسنة** فى قول الرسول صلى الله عليه وسلم « رفع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه [4] •

---

(١) أنظر المدخل للفقه الاسلامى للدكتور سلام مدكور ص ٥٤٢ ـ الاموال ونظرية العقد د• محمد يوسف موسى ص ٢٨٤ ـ نظرية الالتزام فى الشريعة الاسلامية والتشريعات العربية د• عبد الناصر العطار ص   أنظر مختصر أحكام المعاملات الشرعية للشيخ الخفيف ص ٨٠ مصادر الحق فى الفقه الاسلامى د• عبد الرازق السنهورى ج ١ ص ٩٩ •

(٢) جاء فى الأم للامام الشافعى ج ١ ص ١٦٠ أن « النية لا يكون لها حكم الا بشىء معها » والنية هيا هى الارادة المستقرة فى النفس ـ أنظر اعلام الموقعين ج ٣ ص ٩٥ حيث جاء فيه أن الاعتبار فى العقود والافعال بحقائقها ومقاصدها دون ظواهر الفاظها وأفعالها » •

(٣) سورة الاحزاب آية ٥ •

(٤) نيل الاوطار للشوكالى ج ٦ ص ٢٦٥ ـ نور الأنوار ج ٢ ص ٣٠٦ ـ تسين ابن ماجه ج ١ ص ٦٥٩ •

ومما سبق نجد أن هذا الرأى أخذ بالارادة الباطنة دون الارادة الظاهرة ويتفق معه ما ذهب اليه الفقه الفرنسى عندما أخذ بالارادة الحقيقية أى الباطنة •

الرأى الثانى : ذهب اليه الحنيفة (١) : اذا قالوا أن عبارة المخطىء والناس ترتب عليها آثارها • فيقولون أن العبرة فى وجود العقد بمظهره الخارجى ، وقد تتحقق من شخص عنده أهلية لانشائه ، وبما أن الارادة أمر خفى لا اضلاع لنا عليه ، فان قبول دعوى الخطأ أو النسيان يزلزل معاملات الناس ، ويؤدى الى عدم استقرارها اذ يدعى كل من يريد التخلص مما التزم به أنه لم يقصده ، وانما صدر منه خطأأو دون قصد لمعناه (٢) • ومن هذا نجد أن هذا الاتجاه يعتد بالارادة الظاهرة دون الارادة الباطنة ويتفق معه المذهب الالمانى الذى سبق ذكره •

— وتوجد علاقة بين الحيل والارادة الظاهرة والباطنة فتصرفات المحتال قائمة على قصده ، ولكن هذا التصرف — عند ظهوره أخذ شكلا يختلف فى طبيعته ، مع طبيعة القصد الذى يريده المحتال وهذا ما يجعلنا نقول بمخالفة الارادة الظاهرة للارادة الباطنة لدى المحتال — وبالتالى لم يكن بين الارادتين أى تطابق • وهنا تبدو العلاقة واضحة ويظهر مدى ارتباط الحيل بالارادة الظاهرة والارادة الباطنية كما فى الصورية أيضا •

٩ — **مقارنة الصورية بما قد يشتبه معها ••** والتعريف المذكور للصورية قد يدفعها لاول وهلة الى القول بانها تتشابه مع التدليس والتحفظ الذهنى ، التزوير • ولكن اذا أمعنا النظر لوجدنا أن هناك أوجه اختلاف بين الصورية وما قد يشتبه معها ، ولهذا سنلقى الضوء على الصور والحالات التى قد تشتبه معها على الوجه الآتى :

---

(١) أنظر بدائع الصنائع ج ٢ ص ٣١٠ — الدر المختار و حاشية ابن عابدين عليه ج ٢ ص ٣٧٨ — فتح القدير ج ٢ ص ٣٤٥ •

(٢) أنظر النظريات الفقهية د• أحمد طه عطية أبو الحاج ص ٨١/٨٢ طبعة ١٩٧٩م •

١٠ـ الصورية والتدليس (Le dol)

التدليس : هو ايقاع المتعاقد عمدا فى غلط يدفعه الى التعاقد أى استعمال طرق احتيالية بايهام المتعاقد الآخر بغير الحقيقة .

بقصد ايقاعه فى غلط يدفعه الى التعاقد (١) ، ويسمى التدليس خداعا أو خدعة أو خلابة وهو نوع من الغش (٢) .

وبمقارنة تعريف الصورية بالتعريف السابق نجد أن الصورية تختلف عن التدليس : من **ناحية الاطراف** : فالصورية تفترض قيام تدبير واتفاق بين الطرفين أى أنها عمل يتفق عليه المتعاقدان متواطئين معا ، فلا يغش أحدهما الآخر فيكون كل منهما على بينة من الحقيقة وانما يقصدان معا غش الغير أو اخفاء أمر معين (٣) .

بعكس التدليس الذى ينبنى على اسـتعمال طرق احتياليـة بواسطة أحد المتعاقدين لتضليل المتعاقد الآخر وايقاعه فى غلط يحمله على التعاقد (٤) كما ذكرنا .

---

(١) أنظر د. أحمد سلامه فى نظرية الالتزام طبعة ١٩٧٨م ص ١٢٣ .

(٢) دقة اسماعيل غانم النظرية العامة فى الشريعة الاسلامية والتشريعات العربية طبعة ١٩٧٥م د. عبد الناصر العطار نظرية الالتزام فى الشريعة الاسلامية والتشريعات العربية طبعة ١٩٧٥م ص ١٦١ ـ د. عبد الودود يحيى الموجز فى النظرية العامة للالتزام « مصادر الالتزام » طبعة ١٩٨١م ص ٩١ ـ د. محمد لبيب شنب دروس فى نظرية الالتزام طبعة ١٩٧٧/٧٦م ص ١٥٩ .

(٣) يفرق بعض الفقهاء بين التدليس **dop** والغش (**FRAUDE**) على أساس أن التدليس يكون قبل انعقاد العقد أو أثناء انعقاده. أما الغش فقد يقع بعد تكوين العقد ويعيب تنفيذه ، وأثر التدليس هو قابلية العقد للبطلان لمصلحة الطرف المخدوع . أما الغش : فأثره هو حق المغشوش فى التمسك بالتيفيذ السليم للعقد أو فى فسخه مع التعويض وقد يستخدم كل من اللفظين مكان الآخر ، وقد استعمل القانون الفرنسى فى المادتين ١١ ، ١١٥١ لفظ **Fraude** بدلا من لفظ **dop** انظر د. عبد الناصر العطار المرجع السابق هامش ١ ص ١٦١ حيث يرى أن الغش أعم من التدليس ، ويختلف التدليس المدنى عن التدليس الجنائى والنصب لأن الاحتيال فى الاخير عنصر مستقل وهو أشد جسامة منه فى التدليس المدنى ـ أنظر فى ذلك د. السنهورى الوسيط ج ١ ص ٣٤٢ ـ د.كامل مرسى . شرح القانون المدنى الجديد والالتزامات ج ١ ص ١٣٥ بند ١٦٣ طبعة ١٩٥٤م ـ د. لبيب شنب المرجع السابق ص ١٦٣ .

(٤) أنظر استئناف أهلى ٥ مايو ١٨٩٨ الحقوق ١٢ ص ٢١٦ .

كما يختلفان أيضا من حيث الغرض : فيكون التدليس دائما عملا غير مشروع اذ يقصد به غش الغير ، أما الصورية فتكون أحيانا لغرض مشروع لا يقصد بها الاضرار للغير • كشخص يريد أن يؤثر أحد أبنائه بشىء زائد من ماله ، لما يراه فيه من جد واجتهاد فى تكوين ثروته ، فيعمل له هبة فى صورة عقد بيع حتى لا يثير البغضاء والشحناء بين أفراد أسرته (١) •

أيضا يختلفان من حيث طرق الاثبات بين الطرفين : فالتدليس واقعة مادية يمكن اثباتها بكافة طرق الاثبات • أما الصورية فهى تصرف قانونى ، وبالتالى لا يمكن اثباتها طبقا للقاعدة الا بالتكابة فلا يجوز اثبات ما يخالف الكتابة الا بالكتابة ، ولو كان المبلغ أقل من عشرين جنيها • وهذا ما سنوضحه عندما نتحدث فى هذا البحث عن اثبات الصورية فيما بعد •

هذا ولا يمنع أن تجتمع الصورية مع التدليس فى عقد واحد • كان يتفق الطرفان على ابرام عقد بيع صورى يستر عقد حقيقى ، ويقوم المشترى باعطاء البائع • ورقة ضده بتوقيع مزور ، تدليسا منه على البائع (٢) •

---

(١) أنظر فى هذا المثال د. أحمد مرزوق المرجع السابق ص ٧ •

(٢) قضت محكمة النقض بتاريخ ١٨ نوفمبر سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٧٣ ص ١٩٠ بأنه اذا اتفق شخصان لغرض ما على انشاء عقد بيع صورى يبقى تحت يد من صوراه مشتريا مقابل تسليمه زميله ورقةكاشفه عن الصورية ، فغش أولهما الثانى بأن سلمه ورقة عليها توقيع باسمه لم يكتبه هو وانما كتبه شخص آخر باتفاقه معه ، وحصل هذا التسليم بعد أن وقع الثانى على عقد البيع أمام الموظف الرسمى ، ثم طعن البائع بصورية العقد وبالغش فى ورقة الضد فحكمت المحكمة بجواز اثبات الغش بالبينة والقرائن ثم قضت بابطال البيع طعن المشترى فى الحكم بأن الواقعة التى اعتبرتها المحكمة غشا قد حصلت بعد تمام عقد البيع مما ينفى قولهما بأن التوقيع على هذا العقد كان تحت تأثير الغش كما أن المحكمة قد خالفت القانون اذ أجازت الاثبات بالبينة ضده على أساس أن ورقة الضد تعتبر مبدأ ثبت بالكتابة مع أنها لم تصدر منه . ومحكمة النقض رفضت الطعن لما تبينته من أن ، الامر بالتحقيق لم يؤسس على وجود مبدأ ثبوت بالكتابة ، بل كان لاثبات مايجوز اثباته بالبينة وغيرها وهى وقائع الغش المدعاة ،فلما ثبت لمحكمة الموضوع أن الغش قد وقع فعلا اعتبرت ما وقع من طرفى الخصومة عملية واحدة متصلة وقائعها بعضها ببعض ، وان الغش قد لابسها من مبدئها الى نهايتها مما لاعبرة معه بالوقت الذى سلمت فيه ورقة الضد » .

١١ـ الصورية والتزوير (FAUX) :

التزوير هو كما عرفه جارسون أنه « تغيير الحقيقة بقصد الغش فى محرر باحدى الطرق التى نص عليها القانون تغييرا من شأنه أن يسبب ضررا » (١) •

وقد رأى البعض أن هـذا التعريف قاصر لانه لم يشر الى المضمون القانونى للمحرر • لأن القانون يحمى الثقة التى توضع فى المحررات وليس شكلها ولذا يجب أن يكون للمحرر قوة اقناع

تنبعث منه وأن تكون هـذه الامور المدرجـة بالمحرر والتى يوحى بالثقة فيها ذات أثر قانونى ؟ **ولهذا أضاف جارو الى التعريف قيد وهو** : « أن يكون تغيير الحقيقة منصبا على واقعه ما يصلح المحرر لاثباتها به » (٢) •

ومن التعريف السابق نجد أن عناصر التزوير هى :

— تغيير الحقيقة فى محرر بطريقة مما ذكره القانون •

— حدوث ضرر أو من الممكن ترتبه •

— أن يكون الفعل قد صدر بقصد جنائى •

وبمقارنة تعريف وعناصر التزوير بتعريف وعناصر الصـورية نجد أن الصورية تختلف عن التزوير ، لأن كلا من المتعاقدين عالم بالصورية ومتواطىء عليها مع الآخر وفى الصورية نجد أن المتعاقد

---

(٢) أنظر جارسون (فى المواد ١٤٥ — ١٤٧ نبذة رقم ١٩ • أنظر د• السعيد مصطفى السعيد جرائم التزوير ص ٧٦/٧٧ ، د• محمود ابراهيم اسماعيل جرائم الاشخاص والتزوير نبذة ٢٦٥ — ٢١٦ ، د• رؤوف عبيد جرائم التزييف والتزوير فى القانون المصرى ص ٥٨ طبعة ١٩٥٤ — دكتور عبد المهيمن بكر القسم الخاص فى قانون العقوبات ص ٤٥٧ وما بعدها طبعة ١٩٧٦ / ١٠٧٧م •

(١) أنظر جارو — مطول العقوبات — ٤ — ١٣٥٤ •

Le faux re constitue par une altératien frouduleuse de la vérite dans un écrite, alteratien poratnt pur des faits que cet écrit etait apte à prouver et rusceptibles de causer un prejudice •

بعقد صورى يتعاقد على ما له شخصيا من حقوق أو صفات وبالتالى لا يتصرف فى مال غيره أو حقوقه أو صفاته ، ولكنه يتصرف فى شىء خاص بشخصه ، فاذا ترتب على تصرفه هذا ضرر بالغير فانه يكون عن طريق غير مباشر .

ومثال الضرر غير المباشر ما يحدث اذا قام شخص ببيع منزله الى آخر ، ولكى يمنع جاره من الأخذ بالشفعة اتفق مع المشترى على اخفاء حقيقة البيع وترك الجزء المجاور لأرض الجار فى العقد الصورى فحددوا العقار المبيع فيه بحدود غير حدوده الحقيقية المتفق عليها فى العقد الحقيقى المستتر . فقصر البائع فى هذه الحالة قائم على ملكه الشخصى وله بطبيعة الحال أن يبيعه كله أو ينقص جزء فيه لأن ذلك داخل فى حدود ملكيته ، وان ملكيته وان ترتب على ذلك اضرار بجاره ، فليس معنى ذلك أنه خرج فى تصرفه عن حقوقه الشخصية ، وما على الجار الا أن يسلك الطريق المدنى لاثبات الصورية [1] .

بعكس التزوير : فان المزور يتعدى بفعله على حقوق الغير اما باغتصاب حق أو صنعة لذلك الغير بواسطة المحرر المزور اما بنسبته الى ذلك الغير فعلا أو صنعه لاحقيقة لهما ، فتزويره وغشه يقع دائما على حقوق الغير مباشرة [2] . ومن أمثلة ذلك ما يسلكه المدين عند ما يتم الحجز على أمواله سدادا لديونه حيث يقوم ببيعها الى آخر بعقد صورى جعل تاريخه سابقا على الحجز ، ففى هذا التصرف لم يخرج المدين فى تصرفه هذا عن حدود ما يملكه وان

---

(١) أنظر فى هذا المثال د. أحمد مرزوق المرجع السابق ص ٩٥ .

(٢) أنظر فى هذه التفرقة : جارو جزء ٤ فقرة ١٣٨٥ — حكم محكمة النقض المصرية الدائرة الجنائية فى ١٩٤١/١/٢٠ (مجموعة القواعد لمحمود عمر) جزء ٥ رقم ١٨٨ ص ٣٥٦ واسباب الحكم ص ٣٥٩ — أيظر أ.د. على راشد شرح قانون العقوبات المصرية « القسم الخاص » ج ١ طبعة ١٩٤٩م ص ٣٢٠ — ٣٢٨ .

ترتب على ذلك اضرار بالدائن الحاجز ، وتهريب أمتعتة من الحجز ، ولكن للدائن أن يسلك فى ذلك الطريق المدنى لاثبات الصورية (١) •

وخلاصة القول أن الصورية تتميز عن التزوير أن كلا الطرفين عالم بها ومن ثم لا يجوز الطعن فى عقد بالتزوير لصوريته (٢) •

١٢ــ الصورية والتحفظ الذهنى « Véserve, mentale »

التحفظ الذهنى هو : استقلال أحد المتعاقدين دون أن يتفق مع المتعاقد الآخر باظهار ارادة واخفاء أو ابطان ارادة أخرى • تختلف عن الأولى ، فارادته الظاهرة غير جدية اذ تحفظ ذهنيا بارادة باطنة تختلف عنها •

وبالرجوع الى تعريف الصورية والتحفظ الذهنى نجد أن هناك أوجه اتفاق ، وأوجه اختلاف بينهما :

— **فبالنسبة لأوجه الاتفاق :** نجد أن الصــورية تتفق مع التحفظ الذهنى فى أن كليهما ينبنى على وجود ارادة مستترة وراء ارادة ظاهرية •

— ومما سبق نجد أن التحفظ الذهنى يقع فى ارادة أحد المتعاقدين فقط دون المتعاقد الآخر وفى هذا يختلف التحفظ الذهنى عن الصورية التى تكون فيها الارادة الظاهرة مختلفة عن الارادة الباطنة بالنسبة لطرفى التعاقد ، فالصورية تعبير عما اتفق عليه كل من المتعاقدين لا واحد منهم فقط لأنهما اشتركا معا فى ايجاد المظهر الكاذب (٣) •

---

(١) أنظر فى هذا المثال د. أحمد رزوق المرجع السابق ص ٩٦/٩٥ •

(٢) أنظر استئناف أهلى ٥ مايو سنة ١٨٩٧ الحقوق ١٢ ص ٢١٦ •

(٣) أنظر د. شمس الدين الوكيل : ادارة الالتزام الارادى فى القانون المصرى ، رسالة دكتوراه ، باريس ١٩٥٢م ص ٧٦ ــ ١٩٥ •

١٣ـ الصورية والاتفاق الاضافى[1] « Contrarius, Consens » us

الاتفاق الاضافى : هو عقد جدى جديد بارادتين جديدتين جاء معدلا لاتفاق سابق جدى كليا أو جزئيا فقد يكون حسب الاحوال ابراء من دين أو فاسخا أو استبدال لدين • فمثلا : اذا اتفق الطرفان على عقد ايجار ، ثم عدلا العقد فيما يتعلق بالأجرة فخفضاها ، لم يكن هناك عقد صورى وعقد حقيقى بل هناك عقدان حقيقيان الأخير فيهما لبدل الأول ، وعليه فتطبيق القواعد العامة من حيث سريانه على المتعاقدين وعلى الغير على السواء • ويمكن الطعن فيه بالدعــوى البوليصية (م ٢٢٧ مدنى مصرى) اذا توافرت شروطها •

أما الصورية : فيوجد فيها عقدان أحدهما غير جدى وهو العقد الظاهر يستخدم ستارا لعقد آخر وهو العقــد المستتر ، وهــذان العقدان متعاصران بعكس الاتفاق الاضافى فان أحدهما يكون لاحقا للآخر •

---

(١) أنظر د. السنهورى الوسيط جـ ٢ بند ٦١٥ ص ١٣٩٨ طبعة ١٠٨٣ ـ دكتور أحمد نشأت فى الاثبات فقرة ٢٤٤ وفى الفقه الفرنسى :
DEMOGUE, troite, de, obligatiens, en, général, I.P. 244 Paris, 1932 - 1933 .

المبحث الثـــانى

تعريف الصورية (الحيل) فى الفقه الاســــــــلامى

١٤ــ ان الحيل فى الفقه الاسلامى تعنى الصورية فى القانون • ولكى نتمكن من ايضاح أوجه الاتفاق والاختلاف بينهما يجب أن نتناول الحيل من خلال تعريفها أولا فى الفقه الاسلامى :

١٥ــ تعريف الحيـــــل :

عرف الشاطبى (١) من فقهاء المالكية الحيل بقوله « هى تقديم عمل ظاهر الجواز لابطال حكم شرعى ، وتحويله فى الظاهر الى حكم آخر » •

وعرفها ابن نجيم (٢) بأنها « الحــذق فى تدبير الأمــور ، وهى تقليب الفكر حتى يهتدى الى المقصود » وعرفها أحمد بن حنبل (٣) بقوله « هى أن يظهر عقدا مباحا يريد به محرما ــ مخادعة وتوسلا الى فعل ما حرم الله ، واسباحة محظورات أو اسقاط واجب أو دفع حق » •

وعرفها ابن تيمية (٤) بقوله « الحيلة سقوط الواجب أو حل الحرام ــ بفعل ــ لم يقصد بـه ما جعل ذلك الفعل له » •

ومن أمثلتها : كالواهب لماله عند رأس الحول فرارا من الزكاه ، فان أصل الهبة على الجواز ولوضع الزكاة من غير هبة لكان ممنوعا فان كل واحد منهما ظاهر أمره فى المصلحة أو المفسده ، فاذا جمع بينهما على هذا القصد صار مــآل الهبة المنع من أداء الزكاة وهى

---

(١) أنظر الموافقات جـ ٤ ص ٢٠١ •

(٢) أنظر الاشـايه والنظائر لابن نجيم « باب الحيل ص ٤٠٦ » •

(٣) أنظر المغنى لابن قدامه على مختصر الحزقى جـ ٤ ص ٧٠ •

(٤) أنظر اقامة الدليل ص ٦١ •

المفسدة ، ولكن بشرط القصد الى أبطال الأحكام الشرعية وخلاصة القول أن الهبة مشروعة لما يترتب عليها من مصالح كثيرة ، وفوائد عظيمةكالاحسان وغيره وهى أغراض طيبة ، ولكن الواهب فى المثال المذكور لم يقصد شيئا من تلك المصالح بل قصد التهرب من دفع الزكاة بأن يحول عليه الحول وهو لا يملك النصاب الذى يجب فيه دفع الزكاة (1) ومنها أن يهب البائع الحائط الذى بينه وبين الجار مع أصله الى المشترى مقسوما ويسلمه اليه أو يهب له من الارض قدر زراع من الجانب الذى يلى دار الشفيع ويسلمه اليه ثم يبيع منه البقية بالثمن فلا شفعة للجار لا فى الموهوب لانعدام شروط وجوب الشفعة وهو البيع ولا فى المبيع لانعدام سبب الوجوب وهو الجوار (2) ٠

وبالرجوع الى التعاريف المذكورة يمكن أن نستخلص منها العناصر الآتية فى تكوين الحيلة :

أولا : عمل ظاهر مشروع له قصد باطنى محظور ٠

ثانيا : حكم شرعى اتخذ مظهرا ومخبرا متخالفين ٠

ثالثا : مآل واقعى هو انتهاك تعاليم الشريعة ٠

١٦ــ **التمييز بين الحيل وما قد يشتبه معها** : والتعريف الذى ذكر للحيل فى الفقه الاسلامى قد يدفعنا الى القول بوجود أوجه للشبه بين الحيل والرخص والذرائع ولكن هناك أوجه لختلاف بين الحيل (الصورية) وبين كل منهم على الوجه الآتى :

---

(1) جاء فى الاشياء والنظائر لابن نجيم « باب الحيل ص ٤٠٧ طبعة ١٩٦٨م فى الزكاة من له نصاب أراد منع الوجوب عنه ، فالحيلة أن يتصدق بدورهم منه قبل التمام ، أو يهيب النصاب لابنه قبل التمام بيوم » انظر الفتاوى الهندية جـ ٦ ص ٣٩١ / ٢١٠٢ ــ لتظر المرافق على الموافق للشيخ ماء العينين ص ٣٤١ ــ الأعتصام جـ ٢ ص ٥٠ ٠

(2) انظر بدائع الصنائع جـ ٦ ص ٢٧٥٠ ٠

١٧ــ **الرخصـــــة** : اسم لمابنى من الأحكام على أعذار العباد تخفيفا عنهم • أى هى ما يستباح مع قيام المحرم (١) •

ومن أمثلة ذلك : أن من لا يقدر على الصلاة ــ قائما ــ أو كان يقدر عليها بمشقة • فمثل هذا مشروع فى حقه الانتقال الى الجلوس وهو ان كان مخلا بركن من أركان الصلاة وهو القيام ــ لكن بسبب هذه المشقة استثنى فلم يتحتم عليه القيام •

ومن التعريف السابق نجد أن هناك أوجه اتفاق أى تشـــابه وأوجه اختلاف بين الرخصة والحيلة :

ــ **فبالنسبة لأوجه التشابه بينهما** : هـــو الانتقال بالأحـــكام فى **الموضوع الواحد من الشدة الى اليسر فى كل واحدة منهما •**

ــ **أما بالنسبة لأوجه الاختلاف**: أن الرخصة جزء من الشريعة التى شرعها الله تعالى وجاءت على لسان نبيه صلى الله عليه وسلم وتضمنتها أصول الأدلة نصا • ومنه قوله تعالى : فى قصة آدم عليه السلام : ولقد عهدنا الى آدم من قبل فنسى ولم نجد له عزما (٢) •

أى أن آدم عليه السلام حين أكل م نالشجرة المنهى عن أكلها ــ بعد أن أمره الله بعدم الأكل منها ــ لم يكن له قصد مؤكد فى العصيان •

أما الحيلة : فليست شريعة مستندة الى دليل صريح من الكتاب والسنة • انما هى محاولة فقهية من كل من تأهل للاجتهاد (٣) •

---

(١) أنظر كشف الاسرار للبزدوى ج ٢ ص ١١٩ ــ الموافقات ج ١ ص ٣٠١ ــ اصول الفقه للخضرى ص ٧٢ •

(٢) سورة طه آية رقم ١١٥ •

(٣) أنظر د• محمد محمد ابراهيم الشرقاوى المرجع السابق ص ١٧٦ ــ أنظر كشف الاسرار للبزدوى ج ٢ ص ١٢٩ •

ـ **أيضا الرخص** : تقوم على الخوف من تلف النفس أو الاعضاء أو توقع ضرر شديد ينشأ عنه حرج زائد • ولهذا وجدت الرخصة حسب تفاوت هذه المسوغات فى معيار الضرر قوة وضعفا أى أن الرخصة لا توجد الا بوجود أسبابها • **أما الحيلة** : فلا توجد الا بالقصد الخبيث ، فيخشى المحتال أن يفتضح أمره وينكشف سره فيلجأ الى الأخذ بالحيلة (١) •

١٨ـ التقيـــة :

التقية هى مدارة وكتمان وغالبا ما تكون فى مسائل العقيدة أو السياسة أى هى تظاهر بما يخالف الباطن لعذر يبرر ذلك عند أصحابها اعتمادا على حسن القصد (٢) •

ومن التعريف المذكور يتضح لنا أن التقيـــة تشـــبه الحيـــل (الصورية) فى أن كلا منهما : سلوك لم يعتده الناس فى حيـــاتهم العادية فالمحتال يظهر سلوكا ـ معينا ـ يقصد به الوصول الى غرضه ومصلحته • وهو نفس ما يقصده ، المتقى ـ بتقيته ـ التى يتخذها ستارا ، يحميه من الخطر الذى يلحقه لولا هذه التقية (٣) •

أى أن المحال والتقى ـ كلاهما سواء ـ فى أن ما صدر عنهما لا يعبر عن قصد صحيح ، أو ارادة معتبرة ، لان ما فى داخل النفس ـ يختلف ـ تماما ، عما ظهر احتيالا أو تقية •

ولكن توجد بين التقية والحيلة أوجه اختلاف : من ناحية الذى بمقتضاه تستعمل الحيلة أو التقية : **فالحيلة** : يستعملها الانسان :

---

(١) أنظر د• نجاشى على ابراهيم المرجع السابق ص ٣٥٧ •

(٢) أنظر تفسير القرطبى جـ ٤ ص ٥٧ ـ تفسير الطبرى جـ ٣ ص ١٥٣ ـ أنظر د• على حسن عبد القادر، نظرة عامة فى تاريخ الفقه الاسلامى ص ٢٣٠ •

(٣) أنظر د• نجاشى ابراهيم المرجع السابق ص ٣٩٢ •

للوصول الى مصلحته باحتياله على النصوص اتى تقف حائلا فى طريقه • **أما التقية :** فتستعمل خوف الوقوع فى الخطر من جراء اعلان الشخص الحقيقية ، واظهار العقيدة (١) •

١٩ــ الذرائع :

هى التوسل بما هو مصلحة الى مفسدة • أى هى الفعل الذى ظاهره أنه مباح ، وهو وسيلة الى فعل المحرم (٢) •

ومن أمثلة ذلك : أن يبيع رجل الى آخر سلعة بمائة وخمسين مثلا الى أجل ، ثم يشتريها منه مرة أخرى بمائة حاله • وهذا من باب الذرائع : لأن عاقد البيع على سلعته بالمائة والخمسين المؤجلة ظاهر الجواز فى بيعه هذا اذا نظرنا اليه غير مضاف الى العقد الثانى أما اذا جعل مآل هذا البيع أن يؤدى لى بيع مائة نقدا بمائة وخمسين الى أجل بأن يشترى البائع ما باعة من مشتريه بمائة نقدا فقد صار ذلك فى النهاية بيع مائة حالة بمائة وخمسين مؤجلة ولا معنى لهذا العمل ولم يقصد منها ما يقصد عادة من البيوع من استقرار المبيع والثمن فى يد صاحبه والانتفاع به فى غير ذلك ، فالمصالح التى شرع من أجلها شرع البيع لم يوجد منها شىء • ولهذا منعه العلماء القائلون بسدالذرائع الى المآل واعتبارا للقصد أو ما يقوم مقامه وهو شيوع التعامل وهو ما يسمى بسد الذرائع (٣) •

ــ ومما سبق نجد أن هناك أوجــه اتفاق واختــلاف بين الذرائع والحيلة على الوجه الآتى :

---

(١) انظر د. على حسن عبد القادر ص ٢٣٦ •

(٢) انظر نظرية الحق للدكتور احمد فهمى أبو سيه ص ١٢٩ طبعة ١٣٨٧ هـ اقامة الدليل ص ١٣٩ •

(٣) انظر اعلام الموقعين جـ ٣ ص ١٣٧ حيث مثل لها ابن القيم بتسعة وتسعين مثالا •

أولا ــ أوجه الاتفاق :

ان الزرائع تلتقى مع الحيل فى الهدف لأن الهدف منهما غير مشروع •

ثانيا ــ أوجه الاختلاف [1] :

ــ الذريعة تأتى فى عقد واحد من العقدين بينما الحيلة ينظر فيها الى مجموع العقدين •

ــ لا يشترط فى الذارائع توافر القصد فقد يوجد وقد ينتفى باعتباره عنصرا جوهريا يقف وراء القول بمنعها • أما الحيل فان القصد منها أمر أساسى لابد منه لأنه هو الذى يضفى على الوسائل صفة التحيل [2] •

ــ الذريعة تأتى فى العقود وفى غيرها على السواء أما الحيلة تأتى فى العقود فى أغلب أحوالها •

---

(1) أنظر د• محمد ابراهيم الشرقاوى المرجع السابق ص ٢١٤/٢١٣ ــ دكتور نجاشى على ابراهيم المرجع السابق ص ٤٢٥/٤٣٤ •

(2) أنظر اقامة الدليل ص ١٣٠ ــ د• أحمد فهمى أبو سنة نظرية الحق ص ١٣٢ •

المبحث الثالث

مقارنة تعريف الصورية فى القانون المدنى والحيـــل فى الفقـــه الاســـلامى

اذا رجعنا الى كل من تعريف الصورية فى القانون المدنى وتعريفها فى الفقه الاسلامى لوجدنا أن هناك أوجه اتفاق واختلاف بينهما :

٢٠ـ أوجه الاتفـــاق :

ــ **بالنسبة للغرض** : نجد أن الصورية فى القانون المدنى القصد منها التحايل أو التهرب من تطبيق نص القانون فى واقعه ما • أى أن الغرض منها دائما ما يكون غير مشروع أى مكروها وهـو ما يتفق مع الغرض الذى دائما ما تسعى اليه الحيل فى الفقه الاسلامى • حيث يكون القصد منها انتهاك تعـاليم الدين ، وابطال الاحكام الشرعية •

ــ **من ناحية عناصر التكوين** : الصورية تستلزم توافر عقـدين : أحدهما ظاهر وهو الصورى والأخر مستتر ــ وهو الحقيقى ــ وهو ما يلزم توافره أيضا فى وجود الحيلة • فيلزم لتواجدها وجود عمل ظاهر ــ وهو الصورى والآخر باطنى أى مستتر ــ وهو الحقيقى ــ •

ــ بالنسبة للمضمون : تتفق الصورية مع الحيل فى أن العقدين ــ الظاهرى والمستتر ــ يختلفان فيهما من حيث المضمون فيختلف مضمون العقد الباطنى أى المستتر عن مضمون العقد الظاهرى أى المستتر •

ـــ **بالنسبة لتعاصر العقدين** : تتفق الصورية مع الحيل فى أنه يلزم فيهما تعاصر انعقاد العقدين ــ الظاهر والباطنى •

ــ أيضا بالنسبة للصورية والحيل يكون المتعاقدان على علم بهما •

٢١ـ أوجـــه الاختـــــلاف :

اذا نظرنا الى المعنى العام لكل من تعريف الصورية ، والحيل فى الفقه الاسلامى نجد انهما يتفقان فى انهما يتخذان وسيلة مشروعة فى الوصول الى تحقيق غرض غير مشروع •

ولكن اذا نظرنا الى جزئيات التعاريف التى ذكرت فى الحيل فى الفقه الاسلامى نجد أن هناك بعض أوجه الاختلاف فمثلا فى تعريف الشاطبى : الحيل هى تقديم عمل أما الصورية فهى تصرف •

وفى تعريف ابن نجيم الحيلة هى : الحذق فى تدبير الامور •• والصورية قد تخلو من الحذق •

وفى تعريف ابن تيمية : الحيلة سقوط الواجب بفعل والصورية تصرف •

وفى تعريف ابن حنبل : الحيلة ان يظهر عقدا مباحا توسلا الى فعل حرام ــ نجد أنه يتفق مع الصورية لذلك •
وخلاصة القول : أن تعريف الصورية يتفق مع ما ذكره ابن حنبل بالنسبة لتعريف الحيل نظرا للتطابق الواضح بينهما فى عناصر التكوين والشروط اللازمة لتواجدهما •

ولهذا سنقتصر فى الفقه الاسلامى على الحيل فى التصرفات للمقارنة بالصورية فى القانون المدنى المصرى • والله الموفق •

الفصـــل الثـــانى

مدى مشروعية الصورية فى القانون المدنى والفقـــه الاســـلامى

٢٢ـ تمهيــــــــد :

عرفنا أن الصورية هى الاتفاق على اخفاء الحقيقة تحت ستار مظهر قانونى كاذب • أى اصطناع مظهر كاذب فى تكوين تصرف قانونى • ولكن يثور التساؤل عن مدى المشروعية التى استند اليها المشرع المدنى فى جعل المتعاقد الصورى يستفيد من تصرفه الصورى بالاضرار بالغير، وعندما يجد أنه سيضار من هذا التصرف يسارع الى التمسك بورقة الضد حتى لا تنصرف اليه الآثار الضارة من العقد الصورى • وذلك عندما قرر قاعدته الشهيرة بصورة مطلقة عند ما نص عليها فى المادة ٢٤٥ مدنى مصرى على أن « العبرة بالعقد الحقيقى دون العقد الصورى » ناقلا تلك القاعدة عن القانون الرومانى [1] •

وسنحاول الاجابة على هذا التساؤل من خـــلال استعراض أغراض الصورية وبيان مدى مشروعية تلك الاغراض من عدمها مع بيان موقف الفقه الاســـلامى من مدى مشروعية الصـــورية ومدى اقراره لها •

---

(١) انظر الفقرة ٧ ، ١٠ من عقد البيع مجموعة الدساتير (الكتاب الرابع) الباب ٣٨ حيث ذكر :

Plus valet guod agitur guam, guod simulate conoipitrtuo nen, guod seccip, tum, sad guod gentum, est inspicitur

المبحث الأول

مدى مشـــــروعية الصـــــورية

فى القـــانون المـــدنى

٢٣ـ لكى نوضح مشروعية الصورية يلزم أن نتناول أغراض الصورية بالبيان لكى نستطيع الاجابة على التساؤل الخاص بحقيقة مشروعية الصورية من عدمها .

٢٤ـ ذكر بعض الفقهاء أن للصورية أغراضا مشروعة والتى بســـببها أوجدها المشرع بين ثنايا نصوص التقنين المدنى ، ومن أمثلة الاغراض المشروعة التى ذكرت فى مجال الصورية :

ـ أن يقصد المتعاقدان اظهـــار أحدهما بمظهــر الثراء باستكمال النصاب المالى المطلوب للترشيح لوظيفة معينة تستلزم توافر هذا النصاب كالترشيح لمركز العمدية مثلا (1) .

ولكن هل حقيقة هذا التصرف يعتبر مشروعا طبقا للرأى القائل به ؟ كيف يكون هذا الغرض مشروعا والقصد منه التحايل على الغير وغشهم وخداعهم ؟ ففى هذا المثال نجد أن الشخص يتحايل عـــلى القانون الذى يتطلب شروطا معينة فى شغل الوظيفة . فيلجأ الى ابرام تصرفات صورية مع الغير لاستكمال تلك الشروط . فهل من الاخلاق أن نلجأ الى الغش والى الصـــورية لتحقيق هـــذا الغرض اللا أخلاقى . ان ما يراه البعض من هذا الغرض مشروعا . انما هو من وجهة نظرنا مناف تماما للحقيقة التى تشهد بأن هـــذا التصرف مشروع وينافى مبادىء الاخلاق التى تنشدها شريعتنا الاســـلامية

---

(1) أنظر د. عبد الرزاق السنهورى الوسيط ج ٢ ص ١٣٩٣ بند ٦١٠ ط ١٩٨٢ د. اسماعيل غانم المرجع السابق ص ١٠١ بند ٨٢ ، د. أحمد مرزوق المرجع السابق ص ٧ . أنظر الصورية فى ضوء الفقه والقضاء للمستشار عز الدين الدناصورى ، د. عبد الحميد الشواربى ص ٢٢ طبعة ١٩٨٦م .

الغراء والتى دائما ما تحض على التمسك بالخلق وحسن النية والصدق فى ابرام التصرفات القانونية •

— ومن الامثلة التى ذكرت فى مجال الاغراض المشروعة للتصرفات الصورية : هو ما يقصده المتعاقدان من اظهار أحدهما بمظهر الثراء لكى يتمكن من الانخراط فى جمعية أو شركة أو مصاهرة أسرة معينة تسلزم هذا الثراء (1) •

ان هذا التصرف أيضا لا يمت الى المشروعية بصلة • فكيف نطلق على تصرف كان القصد من ورائه هو خداع وغش الغير بأنه مشروع ؟ فأين المشروعية فى ذلك التصرف الذى من شأنه ايهام الغير بحقيقة كاذبة • ان أساس أى تصرف مشروع هو أن يحقق قصد المتعاقدين فى اطار من القانون وعدم المخالفة للنظام العام أو الآداب وعدم الاضرار بالغير وهو ما لم يتحقق فى هذا المثال •

— كما قد يقصد من وراء التصرف الصورى ايثار البعض على البعض الآخر كشخص يريد أن يؤثر أحد أبنائه بشىء زائد من ماله مكافأة له على اجتهاده فيلجأ الى ابرام عقد هبة فى صورة عقد بيع حتى لا يثير البغضاء والشحناء بين أفراد أسرته (2) •

وفى المثال المذكور أى غرض مشروع يرجى من وراء هذا التصرف هل ايثار وتفضيل بعض الابناء على البعض الآخر عمل مشروع تحت ستار التصرف الصورى ؟ يكفى للرد على ما ذكر فى المثال ما جاء بهذا المثال من أن الأب يتستر تحت تصرف صورى حتى لا يثير البغضاء والشحناء بين أفراد الاسرة فالتصرفات الصورية من شأنها أن تؤدى الى انعدام الثقة والاستقرار فى المعاملات بين أفراد المجتمع •

---

(1) انظر د• السنهورى المرجع السابق بند ٦١٠ ص ١٣٩٤ — د• احمد مرزوق المرجع السابق ص ٧ ، د• اسماعيل غانم المرجع السابق ص ١٩١ بند ٨٢ •

— أنظر الصورية للمستشار عز الدين الدناصورى ، د• عبد الحميد الشواربى ص ٢٢ ة

(2) أنظر فى هذا المثال د• احمد مرزوق المرجع السابق ص ٦/٧ •• انظر المستشار عز الدين الدناصورى ، د• عبد الحميد الشواربى ، المرجع السابق ص ٧٩ •

— ذهب البعض الى القول بأن الأخذ بالصورية يساعد على توسيع دائرة التصرفات القانونية (1) •

ومن أمثلة ذلك فى القانون الرومانى : استخدامها أى استخدام دعوى الصورية كطريقة لنقل الملكية من شخص الى آخر ، فترفع فى صورة دعوى الاسترداد (aetion, en, revendicatis) وتتلخص فى أن من يريد اكتساب شىء من آخر على سبيل البيع أو الهبة مثلا تنفيذا لاتفاق سابق ، أى يرفع دعوى الملكية أى الاسترداد (aetion, en, revendicatis) على البائع أو الواهب أمام الحاكم القضائى ويقرر المكتسب بأنه مالك للشىء المراد ملكيته طبقا لاحكام القانون المدنى ، ثم يسأل « البريتور » الناقل اذا كان لديه وجه للاعتراف • فاذا سكت أو أجاب سلبا حكم القاضى بالحاق الشىء لملكية المكتسب (2) •

ويمكن القول أنه بعد التطور الذى حدث فى مجـال القانون وانتشار الرضائية فى غالبية التعاقدات وانحسار الشكلية فى عقود نادرة لنقل الملكية • لم تعد فى حاجة الى اللجوء الى الصورية لاختلاق تصرفات قانونية عن طريق التحايل على القانون • لان من عوامل عدم الاستقرار فى المجتمع هو اللجوء الى مخالفة القواعد القانونية عن طريق ابتداع طرق احتيالية نلجأ اليها لكى نحقق أغراضا غير مشروعة • لانه من المقرر قانونا أنه يحرم أن يعمل بطريقة غير مباشرة مالا يمكن أن يعمل بطريقة مباشرة •

— تلك بعض الأمثلة التى ذكرت بخصوص الاغراض المشروعة التى تستخدم فيها الصورية ولكن اذا عددنا الاغراض الغير مشروعة التى تستخدم فيها الصورية لوجـدناها كثيرة فجـل أغراض

---

(1) أنظر د• على بدوى ، مبادىء القانون الرومانى ص ٢٩ — د• عبد المنعم بدر المرجع السابق ص ٢٢/٢١ — أنظر جايوس : ١ — ١٦٨ : ٢ — ٢٤ — كيك ، نظم القانون الرومانى فى العهد القديم ص ٤٤٢ •

(2) أنظر د• على بدوى المرجع السابق ١١٣/١١٢ — د• أحمد مرزوق المرجع السابق ص ٢٨

الصورية غير مشروعة ، فهى اما الغش والاضرار بحقوق الغير Prude auxtiers ، واما الغش نحو القانون العامة Fraudeum واما الغش نحو القانون Fraude ela Ioi .

(أ) أما بخصوص الغش نحو الغير فله صور عديدة منها [1] :

— قد يقصد المتعاقدان الاضرار بالشفيع • بأن يخفيا البيع تحت ستار الهبة أو ذكرا ثمنا أكبر من الثمن الحقيقى لمنع الجار من أن يشفع فى العقار المبيع •

— كذلك قد يلجأ اليها المدين للاضرار بدائنيه عن طريق ابرام عقد بيع صورى مع الغير لاخراج أمواله محل التعاقد من الضمان العام الذى يستطيع الدائنين الحجز عليه لاستيفاء دينهم •

— وكالمورث الذى يوصى لاحد الورثة أو لأجنبى بأكثر من الثلث فيصب الوصية فى صورة عقد بيع اضرار بحقوق الورثة •

— أو ما يقدم عليه المتعاقدان من تقديم تاريخ العقد الذى ينعقد فى مرض الموت ليجاز تصرفه فى مواجهة الورثة ، وحتى لا يعتبر تبرعا فتسرى عله أحكام الوصية (م ٩١٦/١ مدنى مصرى) •

---

(١) أنظر فى ذلك / د• عبد الرازق فرج الوسيط جـ ٢ ص ١٣٩٣ وما بعدها — د• اسماعيل غانم المرجع السابق ص ١٩٨/١٩٩ ، د• أنور سلطان جـ ٢ احكام الالتزام فقرة ٧٠ ص ٦٢ — د• عبد الفتاح عبد الباقى أحكام الالتزام فقرة ٤٠٣ د• سليمان مرقس الوجيز فى النظرية العامة للالتزام فقرة ٦٩٦ — د• محمد عمران الوجيز فى آثار الالتزام ط ١٩٨٤م ص ١٠٤ — د• جمال زكى الوجيز فى النظرية العامة للالتزامات طبعة ١٩٧٨ م ص ٨٠٩/٨١٠ — أنظر فى الفقه الفرنسى :
Ripert et Boulanger traité élémentaire, de droit civil, de droit civil, de Marcel, planiop 22 p. 586 sdition paris 1946 - 1947 .
— MAZEAUD (H. et I ETJ) Iecons de,droit civil 5 .
P 807. éditien por juglart , paris 1973 .

(ب) قد يلجأ المتعـاقدان الى الغش للاضرار بخـزانة الدولـة : كأن يذكر فى عقد البيع ثمن أقل من الثمن الحقيقى تهربا من دفع جزء من رسوم التسجيل •

(جـ) كما قد يلجأ الى الصورية للتحايل على القانون والغش نحو • ومن أمثلة ذلك : قيام المتعاقدين بستر عقد الهبة فى صورة عقد « بيع صورى » للتهرب من الرسمية التى تتلزمها الهبة ، ومن صور الغش أيضا نحو القانون ما قد يلجأ اليه البعض — عندما يحرم عليهم القانون بسبب صفتهم أن يقوموا بابرام تصرفات معينة بأن يعمد المتعاقدان تحايلا على القانون الى اخفاء شخصية المشترى مثلا تحت ستار شخصية أخرى • أى يتم التصرف لحساب شخص آخر غير الشخصر المذكور فى العقد ومن قبيل هـذا ما نص عليـه المشرع الضعى فى المادة ٤٧١ من التقنين المدنى من أنه « لا يجوز للقضاة ولا لأعضاء النيابة ولا للمحامين ولا لكتبة المحـاكم ولا للمحضرين أن يشـتروا لا بأسمائهم ولا باسم مستعار الحق المتنازع فيه كله أو بعضه اذا كان النظر فى النزاع يدخل فى اختصاص المحـكمة التى يباشرون أعمالهم فى دائرتها ، والا كان البيع باطلا » • ومنها أيضا ما نص عليه المشرع فى المادة (٤٧٢ مدنى مصرى) على أنه « لا يجوز للمحامين أن يتعاملوا مع موكليهم فى الحقوق المتنازع فيها اذا كانوا هم الذين يتولون الدفاع عنها سواء أكان التعامل بأسمائهم أم باسم مستعار والا كان العقد باطلا » •

٢٥— **خلاصة القول** أن كل أغراض الصورية سواء ما ذكرها البعض على أنها مشروعـة والأغراض الأخرى غير المشروعة • ما هى الا غش وتحايل كما ذكرنا حتى أصبحت كلمة الصورية مرادفة لكلمة الغش (FRAUDE) ويحدونا هذا أن نذكر العبارات التى ذكرها بعض الفقهاء فى وصف الصورية ومنهـا ما ذكره الفقيـه الفرنسى فريير « Ferrieie » من أن الصورية « طريق ملتوى يلجأ اليها المتعاقدون

ليأخذوا بالشمال ما أعطوه باليمين أو ليخفوا بعقد ما تعاقدوا عليه ، أو من تعاقد ليوهموا الناس بوجود عقد لا حقيقة له أو ليضلوا الغير عن حقيقـــة التعاقـــد أو ليحجبوا عن أعين الناس معرفة المتعـــاقد الحقيقى ، وبالجملة فان الصورية تحاك بمهارة للخــــداع والغش ولا يلجأ اليها الا كل مخاتل كذاب » (١)

وأيضا أطلق البعض على طرف التصرف اسم « الخابلين » (٢) وأسماهم البعض الآخر الغشاشين Fraudeurs (٣) ودعا البعض بسبب خطورة الصورية الى اعتبارها جريمة جنائية (٤) •

٢٦ــ وأمام كل تلك الحقائق التى وصفت الصورية ما هو موقف المشرع المصرى من كل ذلك ؟

اذا راجعنا موقف المشرع المدنى المصرى بخصوص الأخـــذ بالصورية من خلال نصوص التقنين المدنى نجد أنه نص عليها فى المواد ٢٤٤ ، ٢٤٥ ، وباستعراض الاحكام التى نص عليها المشرع المصرى نجد أنه وقف موقف المتردد بين الاعداد بالتصرف الصورى ، أو رفضه وعدم الاعداد به فنجد أنه نص فى م ٢٤٤ مدنى بالنسبة لآثار الصورية تجاه الغير على أنه فى حالة تعارض مصالح ذوى الشأن فتمسك بعضهم بالعقد الظاهر وتمسك الآخرون بالعقد المستتر كانت الأفضلية للأولين أى الذين تمسكوا بالعقد الظاهرى (الصورى)

---

(١) Refente, de, dietionn, aire de droiteet de Fnatique ferriére .

أنظر رسالة ايتين باتان فى نظرية ورقة الضد طبعة ١٧٤٠ ص ٩٠ ــ ٩١ .

(٢) أنظر د. أحمد فتحى زغلول شرح القانون المدنى ص ٤٤١ . جاء فى المصباح المنير باب الخاء مع الباء وما يثلثهما « الجب بالكسر الخداع وفعله خب خبا من باب قتل ورجل جب تسميه بالمصدر وخب فى الامر خببا من باب طلب أسرع الاخذ فيه ومنه الخبب لضرب من العدو وهـــو خطو فسيحدون العنق » .

(٣) C. Denolombe : Troité, de Contrats, ou, des obliga - tions, conventiannelles, en, genera 129 xxix. p 273 - 79 - 1879 .

(٤) أنظر الاستاذ عزيز خانكى بحثا فى مجلة القانون والاقتصاد تحت عنوان « الصورية ووجوب اعتبارها جريمة جنائية » السنة ٧ العدد ٣ ص ٤٢٨ .

بينما نجد فى موقف آخر يعارض الأخذ بالعقد الصورى وينص فى المادة ٢٤٥ مدنى على أنه « اذا ستر المتعاقدان عقدا حقيقيا بعقد ظاهر فالعقد النافذ فيما بين المتعاقدين والخلف العام هو العقد الحقيقى » وبمقتضى نص هذه المادة يظهر لنا أنه فيما بين المتعاقدين والخلف العام العبرة بالعقد الحقيقى أى بالعقد المستتر أى بورقة الضد . ولكن اذا أمعنا النظر فى هذا الموقف من المشرع المصرى نجد أنه يشجع على الاخذ بالصورية والعمل على اتساع نطاقها . لأنه بهذا التصرف يساعد أطراف الصورية على الاضرار بالغير بل يشجعهم على ذلك فعندما تنعكس على الاطراف آثار الصورية الضارة نجدهم بناء على نص المادة ٢٤٥ مدنى يستطيعون تلافى هذه الآثار بالتمسك بورقة الضد أى بالعقد المستتر الذى يعتد به القانون فمثلا يستطيع المدين أن يضر بدائنيه بالتصرف فى أمواله بالبيع الصورى مع الاحتفاظ بورقة الضد التى تنص على أن هذا البيع ليس له أساس من الصحة وبالتالى يتلافى المدين بناء على ذلك قيام الدائنين بالتنفيذ على أمواله لسداد ديونهم ، وهنا نجد أن المدين أضر بالغير واستفاد من هذا الموقف أيضا من خلال تهريب أمواله بالبيع الصورى ، (فى نفس الوقت ساعده القانون على ذلك عندما نص على الاعتداد بورقة الضد اذا ما تمسك المشترى الصورى بالعقد الصورى أى الظاهرى فى مواجهته . اليس فى ذلك الموقف من المشرع تشجيعا على اتساع نطاق التصرفات الصورية . فلو أن المشرع الوضعى لم يعتد بالعقد المستتر « ورقة الضد » فيما بين المتعاقدين وأعتد أساسا بالعقد الظاهر أستاذا الى الارادة الظاهرة التى كثيرا ما يبنى عليها الناس معاملاتهم . ماذا كان سيحدث ؟ كنا سنجد أن أطراف الصورية سيترددون أكثر من مرة قبل الاقدام على ابرام مثل تلك التصرفات اللا أخلاقية فمثل هذا البائع المدين كان سيتردد أكثر من مرة فى اجراء مثل هذا التصرف الذى سيكون فى هذه الحالة تصرفا نهائيا لا عودة فيه وبالتالى لن يقدم عليه خشية فقد أمواله بعكس موقف المشرع الحالى من الاعتداد بورقة الضد

الأمر الذى بمقتضاه استطاع الاضرار بالغير • فيجب على الشخص الذى يغنم من وراء اجراء التصرف الصورى « الظاهرى » بتلافى قيام دائنيه بالحجز على أمواله لسداد ديونهم • أن يغرم وهذا الغرم يجب أن يكون عدم الاعتداد فيما بين أطراف الصورية بورقة الضد • ومن يقصد الاضرار بالغير يجب أن يرد عليه قصده وهو عدم الاعتراف بورقة الضد فيما بين المتعاقدين • بعكس ما ذهبت اليه المادة ٢٤٥ مدنى التى ساعدت أطراف الصورية على الغنم دون الغرم •

وأزيد فى القول بأنه اذا كان المشرع المصرى قد سلك هذا التصرف وهو عدم الاعتداد بورقة الضد فيما بين المتعاقدين والخلف العام لساعد على تلاشى التصرفات الصورية مطلقا • **لأنه ما السبب فى جعل التصرف صوريا ؟** • السبب فى ذلك هو وجود عقد مستتر « ورقة الضد » يستند اليها المتعاقد الصورى اذا ما أضير من التصرف الذى أبرمه كأن يتمسك المتعاقد الآخر ودائنيه بالعقد الظاهر • فهنا يتحرك ويتمسك بورقة الضد • فاذا لم نعتد بورقة الضد سنجد أن المتعاقد مالك الشىء محل التعاقد يتردد أكثر من مرة ، وكذلك المتعاقد الآخر الذى يقبل الشراء بسعر مرتفع ظاهريا — استنادا الى السعر الحقيقى بورقة الضد — اضرارا بالشفيع مثلا فى ابرام تلك التصرفات التى بالتأكيد ستركن الى الحقيقة المجردة وهنا تتلاشى التصرفات الصورية •

ومما سبق نجد أن المشرع المصرى قد حض على القيام بالتصرفات الصورية دون أن يقصد ذلك من خلال مسلكه الذى نص عليه فى المادة ٢٤٥ مدنى والذى تم ايضاحه سابقا ذلك المسلك الذى يخالف القاعدة الشرعية التى تقول « أن درء المفاسد مقدم على جلب المصالح » واذا كانت تلك هى • مشروعية الصورية فى القانون المدنى المصرى • فما هى مشروعية الصورية فى الفقه الاسلامى هذا ما نتناوله فى المبحث التالى •

المبحث الثـــانى

مدى مشــروعية الصورية (الحيل)

فى الفقـــه الاســـــلامى

٢٧ــ يرى غالبية فقهاء الفقه الاسلامى عدم مشروعية الصورية « الحيل » لأن تجويز الحيل عندهم يناقض سد الذرائع (١) مناقضة ظاهرة ، فان الشارع يسد الطريق الى المفاسد بكل ممكن ، والمحتال يفتح الطريق اليها بحيلة ، فأين من يمنع من الجائز خشية الوقوع فى المحرم الى من يعمل الحيلة فى التوصل اليه ؟

والحيلة ما هى الا مخادعة لله ، ومخادعة الله حرام ، ولقد رأى الصحابة أن الحيلة ما هى الا خداعا وأن الله ذم أهل الخداع ، وأن خداعهم انما هو لأنفسهم ، وأن فى قلوبهم مرضا وأنه تعالى خادعهم فكل هذا عقوبة لهم وأن الخداع على أصلين :

الاول : أظهار فعل لغير مقصوده الذى جعل له .

والثانى : اظهار قول لغير مقصوده الذى وضع له ، وهذا منطبق على الحيل المحرمة ، وقد عاقب الله تعالى المتحيلين على اسقاط حقوق المساكين وقت الجذاذ بجدب جنتهم واهلاك ثمارهم ، فكيف بالمتحيل على اسقاط فرائض الله وحقوق خلقه ؟ (٢) .

وقد ذهب نفر الى القول بمشروعية الأخذ بالحيل مؤيدين رأيهم بأدلة من الكتاب والسنة . هذا وقد رد عليهم فقهاء الرأى الراجح مبطلين الحجج التى استدلوا اليها : وسنتناول رأى كل فريق بالشرح لبيان الراجح منها على النحو التالى :

---

(١) أنظر اعلام الموقعين ج ٣ ص ١٥٩ .

(٢) أنظر اعلام الموقع ج ٣ ص ١٨٠ وما بعدها .

٢٨ـ الفريق الأول [1] :

ذهب بعض الفقهاء الى القـول بمشروعيـة الأخذ بالحيـل (الصورية) • لأنها وسيلة لقهر ظالم ونصر مظلوم ونصر حق وابطال باطل • وقد استندوا الى تأييد رأيهم بالكتاب والسنة :

أولا : الكتاب :

يؤيدون رأيهم بقول الله تعالى لنبيه « أيوب » وخذ بيدك ضغثا فاضرب به ولا تحنث [2] ويرى أنصار هذا الرأى أن الله سبحانه وتعالى أرشد نبيه الى الحيلة فى خروجه من اليمين بالضرب بالضغث وقد كان نذر أن يضربها ضربات متعددة تقدر بمائة ضربة • فنقيس عليها سائر الباب •

كما استندوا فى تجويز الحيل الى قول الله سبحانه وتعالى « ومكروا مكرا ، ومكرنا مكرا وهم لايشعرون » [3] •

والدلالة فى الآية أن الله تعالى مكر بمن مكر بأنبيائه ورسله ، وكثير من الحيل هذا شأنها ، يمكر بها على الظالم والفاجر ومن يعسر تخليص الحق منه « فتكون وسيلة الى نصر مظلوم وقهر ظالم ونصر حق وابطال باطل •

واستندوا الى قـول الله تعالى « ان المنافقين يخادعون الله وهو خادعهم [4] ـ وجه الدلالة فى الآية أن خداع الله للمنافقين أن يظهر أمرا ويبطن لهم خلافه ، وهو ما يقـوم به أرباب

---

(١) أنظر فى بيان آراء هذا الفريق الذى يجوز الحيل : الرازى جـ ٧ ص ٢٠٩ ـ النسفى جـ ٤ ص ٣٤ ـ ابن كثير جـ ٤ ص ٤ ـ أبو السعود جـ ٧ ص ٢٠٧ الكشاف جـ ٤ ص ٧٦ ـ البحر المحيط جـ ٧ ص ٤٠١ ـ النهر الماء من البحر لابن حيان جـ ٧ ص ٣٩٩ ـ اعلام الموقعين جـ ٣ ص ١٨٩ وما بعدها •

(٢) سورة ص آية ٤٤ •

(٣) سورة النمل آية رقم ٥٠ •

(٤) سورة النساء آية رقم ١٤٢ •

الحيل الذين يظهرون أمرا يتوصلون به الى باطن غيره اقتداء بفعل الله سبحانه وتعالى (١) .

ثانيا : السنه :

روى البخارى فى صحيحه من حديث أبى هريرة وأبى سعيد « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم استعمل رجلا على خيبر فجاءهم بتمر جنيب ، فقال أكل تمر خيبر هكذا ؟ قال : انا لنأخذ الصاع من هذا بالصاعين ، والصاعين بالثلاث ، فقال : لا تفعل ، بل الجمع بالدراهم ، ثم ابتع بالدراهم جنيبا (٢) .

وجه الدلالة :

ان الرسول صلى الله عليه وسلم أرشد الى الحيلة التى تخلص من الربا لأن بيع صاعين بصاع واحد ، هو عين الربا ، ذلك الذى يعرف بربا الفضل (٣) وهو حرام فى شريعة الله عز وجل .

ثالثا : وقد أستندوا الى القول بأن قواعد الفقه وأدلته لاتحرم مثل ذلك . لأن العقود التى لم يشترط المحرم فى صلبها عقود صدرت من أهلها فى محلها مقرونة بشروطها ، فيجب الحكم بصحتها ، لأن السبب هو الايجاب والقبول والقول وهما تامان ، وأهلية العاقد لانزاع فيها ، ومحلية العقد قابلة فلم يبق الا القصد المقرون بالعقد ، ولا تأثير له فى بطلان الأسباب الظاهرة ، لوجوه : أحدهما : أن المحتال مثلا انما قصد الربح الذى وضعت له التجارة ، وانما لكل أمرىء مانوى » فاذا

(١) انظر اعلام الموقعين جـ ٣ ص ١٩٠ .

(٢) أنظر صحيح البخارى جـ ٣ ص ٧٦ ، ص ١٠٢ ، ص ١٢٩ ، ص ١٣٣ المغنى لابن قدامه جـ ٤ ص ١٧٨ الشرح الكبير على المقنع جـ ٤ ص ١٦٧ حاشيه السندى وزهر الربو للعلامة السيوطى عليه والموطأ ص ٣٨٥ — سنن ابن ماجه جـ ٢ ص ٧٥٨ .

(٣) انظر اعلام الموقعين جـ ٣ ص ١٨٥ ، واقامة الدليل ص ١١٠ .

حصل له الربح حصل له مقصوده ، وقد سلك الطريق المفضية اليه فى ظاهر الشرع • والثانى : أن القصد لا يقدح فى اقتضاء السبب لحكمه : لأنه خارج عما يتم به العقد ، وبالتالى لا أثر له فى صحة العقد من جهة أنه منقطع عن السبب فلا يخرج السبب عن اقتضاء حكمه (١) •

٢٩ـ الفريق الثانى :

ذهب غالبية الفقهاء الى القول بعدم مشروعية الحيل (الصورية) لان الحيل المحرمة مخادعة لله ، ومخادعة الله حـرام ، كما أن الصحابة والتابعين وهم أعلم الأمة بكلام الله ورسوله ومعانيه — سموا ذلك خداعا والله ذم أهل الخداع وأخيرا أن خداعهم انما هو لأنفسهم ، وأن فى قلوبهم مرضا •

وقد استند هذا الفريق فى تأييـد رأيهم بالكتاب والسـنة والاجماع علاوة على أنهم تولوا الرد على حجج الفـريق القائل بمشروعية الحيل :

أولا : الكتاب :

استندوا الى قول الله تعالى « واذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فامسكوهن بمعـروف أو سرحوهن بمعـروف ، ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا ، ومن يفعل ذلك فقد ظلم نفسه ولا تتخذوا آيات الله هزوا » (٢) •

ووجه الدلالة فى الآية أنها تنهى أصحاب الحيل فى الاضرار بالنساء فى صورة الامساك الجائز المشروع ، وذلك بواسطة المراجعة للمرأة المطلقة كلما شارفت عدتها الانقضاء ، وليس للمراجع من غرض سوى تطويل أمد عدتها ، وحرمانها من

---

(١) انظر اعلام الموقعين جـ ٣ ص ١٩٧/١٩٨ •

(٢) سورة البقرة آية رقم ٢٣١ — وأنظر تفسير المنار جـ ٢ ص ٣١٤ وما بعدها •

التمتع المشروع بالازواج • وبالتالى تصبح المرأة لاهى زوجة ولا هى مطلقة فكان الارتجاع ظـاهرة البراءة والشرعية ، وباطنة القصد الى منعها من التمتع بالازواج والمضار ، ولقد نهى الله سبحانه وتعالى عن ذلك التحليل الضار وسماه ضررا وعدوانا وظلما للنفس واستهزاء بآيات الله [1] •

وقول الله سبحانه وتعالى « انا بلوناهم كمـا بلونا أصحاب الجنة اذ أقسموا ليصرو منها مصبحين ولا يستثنون ، فطاف عليها طائف من ربك وهم نائمون فأصبحت كالصريم [2] •

ووجه الدلالة : فى الآية على عدم مشروعية الحيل • أن الله سبحانه وتعالى عاقب أصحاب الجنة على احتيالهم فى حرمان المساكين عندما صمموا على أن يجنوا ثمار الجنة ليلا حتى يتحقق لهم هذا الغرض الذى قصدوه • فأرسل الله على جنتهم طائفا وهم نائمون ، فاصبحت كالصريم « عقوبة على احتيالهم لمنع الحق الذى كان للمساكين فى أموالهم فكان ذلك عبرة لكل من احتال لمنع حق الله أو لعبادة من زكاة أو شفعة [3] •

ثانيا : السـنه :

قال الرسول صلى الله عليه وسلم « انما الاعمال بالنيات ، وانما لكل أمرىء ما نوى [4] •

ووجه الدلالة : أن الاعمال تابعة لمقاصدها ونياتها وأنه ليس للعبد من ظاهر قوله وعمله الا ما نواه وأبطنه لا ما أعلنه وأظهره

(٢) أنظر تفسير الكشاف جـ ١ ص ١٠٨ ــ أنظر الحيل الشرعية واثرها فى نمو الفقه الاسلامى د• محمد محمد ابراهيم الشرقاوى ط ١٩٧٣م رسالة دكتوراه ص ٦٠/٦١ •

(٢) سورة القلم ١٧ •

(٣) أنظر قول ابن تيمية فى اقامة الدليل ص ١٦ •

(٤) أنظر صحيح البخارى جـ ١ ص ٢ وابن ماجه جـ ٢ ص ١٤١٣ والنسائى جـ ١ ص ٥٢٤ ، الترمذى جـ ١ ص ٣١٠ •

وهذا نص فى أن من نوى التحليل مثلا كان محللا ، ومن نوى الربا بعقد التبايع كان مرابيا • ومن نوى المكر والخداع كان ماكرا مخادعا ويرى أنصار هذا الرأى أن هذا الحديث يكفى وحده فى ابطال الحيل وعدم مشروعيتها •

قال النبى صلى الله عليه وسلم « البيعان بالخيار حتى يتفرقا ، الا أن تكون صفقة خيار ، ولا يحل له أن يفارقه خشية أن يستقبله [1] •

ووجه الدلالة : أن الشريعة الغراء جعلت للعقد حريما يتروى فيه المتبايعان ، ويعيدان النظر ، ويستدرك كل واحد منهما عيبا كان خفيا ، فلو مكن أحد المتعاقدين الغابن للآخر من النهوض فى الحال والمبادرة الى التفريق لفاتت مصلحة الآخر ، ومقصود الخيار بالنسبة اليه ، وهنا يكون النهوض حيلة على اسقاط حقه فى الخيار وهذا لا يجوز •

قال الرسول صلى الله عليه وسلم « لا يجمع بين متفرق ولا يفرق بين مجتمع خشية الصدقة [2] •

ووجه الدلالة : فى عدم مشروعة الحيل هو تحريمة الحيله المفضية الى اسقاط الزكاة أو تنقصها بسبب الجمع والتفريق فاذا باع بعض النصاب قبل تمام الحلول تحيلا على اسقاط الزكاة فقد فرق بين المجتمع فلا تسقط الزكاة عنه بالفرار منها • ومما يدل على تحريمها قوله تعالى « ولا تمنن تستكثر » [3] •

---

(1) نيل الاوطار جـ ٥ ص ٢١٢ — الترمذى جـ ١ ص ٣٣٦ — النسائى جـ ٢ ص ٢١٤ سنن أبى داود جـ ٢ ص ٢٧٣ •

(2) نيل الاوطار للشوكانى جـ ٤ ص ١٤٥ — البخارى جـ ٢ ص ١٤٥ والنسائى جـ ١ ص ٣٣٨ •

(3) أنظر اعلام الموقعين جـ ٢ ص ١٧٢ — الموافقات جـ ١ ص ٢٧٥ •

ثالثا : الاجماع :

ان ما يؤكد عدم مشروعية الحيل « الصورية » أن الصحابة رضوان الله عليهم أجمعوا على تحريم الصورية فى المعاملات وابطالها واجماعهم أجمعوا على تحريم الصورية فى المعاملات وابطالها واجماعهم حجة قاطعة بل هى من أقوى الحجج رآكدها ، ومن جعلهم بينه وبين الله فقد أستوثق لدينه • وقد خطب عمر بن الخطاب بين الناس على منبر رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال « لا أوتى بمحلل ولا محلل له الا رجمتهما » ، وأقره سائر الصحابة على ذلك (١) •

وقد أفتى عمــر وعثمان وعلى وأبى بن كعب وغيرهم من الصحابة أن المرأة التى يطلقها زوجها فى مرض الموت تحايلا على عدم ميراثها فيه • فانها ترث ، ووافقهم سائر المهاجرين والانصار من أهل بدر وبيعة الرضوان ومن عداهم (٢) •

رابعا : هذا وقد تولى انصار هذا الفريق الرد على حجج القائلين بمشروعية الصورية « الحيل » بالقول :

— ان استنادهم الى قصة أيوب عليه السلام فى مشروعية الحيل قول مردود عليه بأن من يحلف يضرب عبده أو امرأته مائة ضربة منه قولان : الاول : موجبه الضرب يكون مجموعا أو متفرقا ثم منهم من يشترط مع الجمع الوصول الى المضروب ، وهذا ليس بحيلة لأن الحيلة أن يصرف اللفظ عن موجبه عند الاطلاق • أما اذا قلنا أن موجبــه الضرب المعروف فانه لايصح الاحتجاج به علينا مما يخالف شرعنا من شرائع من قبلنا • كما أن هذه الفتيا خاصــة

(١) انظر اعلام الموقعين جـ ٢ ص ١٧٢ •
(٢) أعلام الموقعين جـ ٢ ص ١٧٣ •

الحكم ، فانها لو كانت عامة الحكم فى حق كل واحد لم يخف على نبى كريم موجب يمينه ــ كما أننا لسنا فى حاجة الى هذه الفتيا لأن الرجل لو حلف ليضربن أبنه أو امرأته مائة ضربة أمكنه أن يكفر عن يمينه من غير احتياج الى حيلة وتخفيف الضرب بجمعه ، وكفار الايمان لم تكن مشروعة فى عهد سيدنا أيوب مما دفعه الى الاخذ بالفتيا السابقة ، حيث لم تعرف الكفارة الا فى عهد الرسول صلى الله عليه وسلم • وقالت عائشة رضى الله عنها : لم يكن أبو بكر يحنث فى يمينه حتى أنزل الله كفارة اليمين • قول هذا على أنها مشروعة فى أول الاسلام •

ــ أما بخصوص حيلة التمر : فانه لا يصح للقائلين بجواز الحيل أن يتعلقوا بحديث البخارى • لأن الملابسات ممن باع منه الردىء لم يكن هو الغالب وقتئذ • فاذا تغير الوضع ، وأصبح بائع الردىء بالدرهم يشترى بها الجيد ممن أشترى منه الردىء • فان الحديث يساعدهم على ما ذهبوا اليه • اذ لم يتحقق الربا ولم يتحمل أحد المتعاقدين أى غبن أو ضرر • فان تحقق الربا ووجد الضرر • فقد وجد سبب المنع وهنا لايسعفهم الحديث ولا يساعدهم سواء قلنا أن الحديث عام أو مطلق (١) •

ــ ورد أنصار عدم مشروعية الحيل على القائلين بمشروعية الحيل « الصورية » بقول الرسول صلى الله عليه وسلم لأمته « لا ترتكبوا ما ارتكبت اليهود فتستحلوا محارم الله بأدنى الحيل » (٢) وفى هذا اغلاق لأبواب المكر والاحتيال وسد الذرائع •

---

(١) أنظر حاشية السندى على سنن النسائى ج ٢ ص ٢٢٠ ــ أنظر شرح النووى على صحيح مسلم ج ٤ ص ١٠٥ ، أنظر د. نجاشى على ابراهيم الحيل فى الفقه الاسلامى طبعة ٧٣ ص ٢١٥ ــ ٢١٦ .

(٢) الموافقات ج ٢ ص ٣٨٢ وما بعدها .

— وأخيرا فان القول بالحيل يناقض أصول الأئمة أعظم مناقضة فنجد أن الشافعى رضى الله عنه يحرم مسألة مد عجوة ودرهم بمد ودرهم ويبالغ فى تحريمها بكل طريق خوفا من أن يتخذ حيلة على نوع ما من ربا الفضل . وكذلك أبو حنيفة يحرم مسألة العينة ، وتحريمه بها يوجب تحريمه للحيلة فى مسألة مد عجوة بأن يبيعه خمسة عشر درهما بعشرة فى خرقة (1) .

وهكذا لانجد فى الكتاب والسنه شيئا يمكن أن يعتمد عليه أصحاب الحيل لتأييد مذهبهم وتبرير موقفهم فيما اتجهوا اليه من مشروعية التصرفات الصورية « الحيل » .

(1) أنظر اعلام الموقعين ص ١٨٨ ج ٢ .

المبحث الثالث

مقارنة مشـــــروعية الصـــــورية فى القانون المـــدنى والفقـــــه الاســــــلامى

٣٠ـ بالرجوع الى موقف الفقه والمشرع المدنى من مشروعية أو عـــدم مشروعية الصورية نجد البعض منهم ذهب الى القول بمشروعيـــة بعض التصرفات الصورية وهو فى هذا يتفق مع رأى الاقلية فى الفقه الاسلامى القائلة بمشروعية التصرفات الصورية أى الحيل • أما الغالبية ذهبت الى عدم مشروعية التصرفات الصورية وهم فى هذا يتفقون مع الرأى الراجع فى الفقه الاسلامى القائل بعدم مشروعية الحيل •

ـــ ولكن الى أى فريق فى الفقه الاســـلامى جنح للقانون المـــدنى المصرى ؟ اذا ما نظرنا الى موقف المشرع المصرى بخصوص التصرفات الصورية نجد أنه لم يستقر على اتجاه ثابت • فتارة لا يعتد ظاهريا بالأخذ بالتصرفات الصورية وذلك عندما نص فى المادة ٢٤٥ مدنى منه على أن العبرة بالعقد الحقيقى دون العقد الصورى • ورأينا أن بموقفه هذا قد شجع على التمادى فى التصرفات الصورية بطريقة غير مباشرة للاضرار بالغير لأنه بهذا النص كما ذكرنا (١) قد وضع الحماية لمن يقدم على التصرفات الصورية اضرارا بالغير ــ اذا قام الطرف الآخر بالتمسك بالعقد الصورى الظاهرى • فيستطيع أن يتمسك فى مواجهته بورقد الضد (العقد المستتر) •

وتارة أخرى نجد أنه يعترف بالصورية ويقرها عندما نص فى المادة ٢٤٤ مدنى على أن لدائنى المتعاقدين وللخلف الخاص متى كانوا حسنى النية ، أن يتمسكوا بالعقد الصورى • كما نص فى نفس المادة

(١) أنظر الفصل الثانى ــ المبحث الاول من هذا البحث ص •

على تغليب العقد الصورى والاعتراف به دون العقد المستتر (ورقة الضد) اذا ما تعارضت مصالح ذوى الشأن فتمسك بعضهم بالعقد الظاهر وتمسك الآخرون بالعقد المستتر (ورقة الضد) كانت الأفضلية للأولين .

ومما سبق نجد أن القانون المدنى المصرى بصفة عامة يتفق مع رأى الفريق القائل بمشروعية الصورية (الحيل) فى الفقه الاسلامى . ويخالف الرأى الراجح بصفة عامة أيضا فى الفقه الاسلامى القائل بعدم مشروعية الصورية (الحيل) وهو الرأى الذى نرجحه وكان الأجدر بالمشروع المصرى الا يعترف بورقة الضد ، ويعتد فى بيان حكمه بالنسبة للعقود على الظاهر منها فقط وهى العقود التى يبنى عليها الغير معاملاته لانه بهذا المسلك سيقضى على الصورية أو التحايل فى المعاملات كما سبق أن وضحنا . ولأن هذا المسلك يتفق مع قول الرسول صلى الله عليه وسلم « انما أمرت أن أحكم بالظاهر والله يتولى السرائر » (1) وقوله صلى الله عليه وسلم انكم تختصمون الى ولعل بعضكم الحن بحجته من بعض فمن قضيت لــه بشىء من حق أخيه فلا يأخذ منه شيئا . فانما يقتطع قطعة من النار » (2) .

---

(1) أنظر نهاية المحتاج ج ٨ ص ٢٤٦ فصل فى ادب القضاء وغيرها .

(2) الحديث أخرجه البخارى فى كتاب الاحكام من حديث أم سلمه ج ٤ ص ٢٣٩ ط عيسى البابى الحلبى كما أخرجه مسلم فى باب أن حكم الحاكم لا يغير الباطن ج ١٢ ص ٤ صحيح مسلم بشرح النووى ط بيروت .

الفصـــــل الثالث

أنواع الصـــورية فى القانون المدنى
وما يقابلهـــا فى الفقه الاســـلامى

٣١ـ نتناول فى هذا الفصل أنواع الصورية فى القانون المـــدنى موضحا الأساس القانونى الذى انبنى علنه بيان أنواع الصورية • ثم نتناول ما يقابل هذا التقسيم بالنسبة للحيل فى الفقه الاسلامى موضحا أوجه الاتفاق والاختلاف •

المبحث الأول
أنواع الصورية فى القانون المـــدنى [1]

٣٢ـ الاساس القانونى لتقسيمات الصورية :

استقر الفقه المصرى على تقسيم الصورية الى نوعين صورية مطلقة ، وصورية نسبية • وتبعته فى ذلك محكمة النقض [2] •

---

(١) انظر فى هذا الموضوع د. السنهورى الوسيط جـ ٢ ص ١٣٩٢ ط ١٩٨٢ وما بعدها بنود ٦٠٩ ، ٦١٠ ، ٦١١ ، ٦١٢ ، ٦١٣ ، د. جمال زكى الوجيز فى النظرية العامة للالتزامات ط ١٩٧٨ ص ٨٠٨/٨١١ بند ٤١٦ د. اسماعيل غانم المرجع السابق بند ٨٥ ص ١٩٣ وما بعدها ـ د. أنور سلطان فقرة ٧٠ ص ٦٢ وما بعدها د. عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ١٠٣ ، د. محمد عمران المرجع السابق ص ١٠٣ وما بعدها د. أحمد مرزوق رسالة عن نظرية الصورية فى التشريع المصرى ص ١٠٠ وأنظر فى الفقه الفرنسى روسو ROUSEAU دراسة فى الفكرة القانونية للصورية رسالة باريس سنة ١٩٣٧ ـ بلانيول وريبير المرجع السابق جـ ٦ فقرات ٣٣٣ وما بعدها ـ ريبير وبولانجيه المرجع السابق فقرات ٥٨٠ وما بعدها فقرات ١٤٥٧ وما بعدها لاروبير فى الالتزامات جـ ٤ ص ٢٧٦ طبعة ١٨٥٧ .

(٢) جاء فى حكم محكمة النقض فى الطعن رقم ٣٣٧ سنة ٤٦ ق جلسة ١٩٧٨/٥/٢٥ س ٢٩ ص ١٣٣٧ « أن الصورية المطلقة هى تلك التى تتناول وجود العقد ذاته فيكون العقد الظاهر لا وجود له فى الحقيقة . أما الصورية النسبية فهى التى لا تتناول وجود العقد وانما تتناول نوع العقد أو ركنا فيه او شرطا أو شخص المتعاقد » .

ولكن هذا يدفعنا الى التساؤل **عن الأساس القانونى الذى استند اليه الفقه والقضاء فى تقسيم الصورية الى :**

صورية مطلقة : وهى التى تتناول وجود التصرف ذاته فيكون التصرف الظاهر لا وجود له فى الحقيقة ، والى **صورية نسبية** وهى التى تتناول نوع العقد أو ركنا فيه أو شرطا من شروطه أو شخص المتعاقد ؟

بالبحث بين ثنايا نصوص القانون المدنى وخاصة التى تناولت بيان أحكام الصورية لم نجد بينها نصا تم الاستناد اليه فى اجراء هـذا التقسيم للصورية • أى أن تقسيم الصورية الى مطلقه ونسبية لـم يستند الى نص فى القانون • ولكن هذا التقسيم انما هو تقسيم فقهى أى من صنع الفقهاء استنادا الى تعريفهم للصورية • ثم أخذ به القضاء بعد ذلك •

ولهذا نجد أنه لبيان الأساس الذى استند اليه الفقه والقضاء فى اتباع هذا التقسيم للصورية • يجب أن نوضح تعريف الصورية • ومن خلال هذا التعريف سنجد أن الفقه والقضاء قد استخلص هذا التقسيم من خلال ذلك التعريف •

فالصورية هى : « اصطناع مظهر كاذب فى تكوين تصرف قانونى (١) وهى تتضمن مهما كان الشكل الذى تتخذه « وجود اتفاق خفى » يزدوج بالاتفاق الظاهر ، ليعدم ، أو يغير ، أو ينقل آثاره (٢) •

اذا نظرنا الى هذا التعريف الذى قيل للصورية نجد أنه يمكننا بيان التقسيم الذى استقر عليه الفقه والقضاء الصورية • فالصورية

---

(١) أنظر د. جمال زكى ، حسن النية فى كسب الحقوق ، فقرة ١٣٦ .

(٢)

RIPERT et Boul Anger, Traite. élémentue de Droit Civit De Marcée, Marcée, Planiol 2 e ecltion P. 580 Paris 1946 - 1947 .

اتفاق خفى يزدوج بالاتفاق الظاهر ليعدم آثاره • وهذا يعنى أن الصورية أنصبت على وجود العقد ذاته فجعلته معدوما وهذا ما يتحقق بورقة الضد التى يحررها أطراف الصورية • وهذا هو أصل الصورية ولقد أطلق الفقهاء على هذا التصرف « الصورية المطلقة » — وإن كنت لا أميل الى هذه التسمية وأرى أن تسميتها « بالصورية الأصلية »(1) أفضل وأوضح من ناحية اللغة لأن أصل الشىء أسفله وأصل كل شىء ما يستند وجود ذلك الشىء اليه فالصورية تستند فى وجودها الى ورقة الضد لأن الصورية بحسب الأصل هى تلك التى تقدم التصرف الظاهرى بمقتضى ما تتضمنه ورقة الضد • علاوة على أن كلمة أصلية تتفق مع ما يسمى بالصورية النسبية لأن النسب انما يكون الى الأصل كنسب الابن الى أبيه وبالتالى فان النوع الثانى من الصورية وهى الصورية النسبية انما هى فرع من الصورية الأصلية أى فرع من الأصل أما كلمة مطلقة فلم أجد لها معنى واضح فى قواميس اللغة العربية(2) •

والقول أيضا بأن الصورية هى وجود اتفاق خفى يزدوج بالاتفاق الظاهر ليغير أو ينقل آثاره • انما هى الصورية التى تتناول نوع أو شرط أو شخص فى العقد ولا تتناول العقد كلية بالعدم وهو ما يطلق عليه الصورية النسبية سواء عن طريق التستر أو المضاده أو التسخير •

٣٣ــ الصورية المطلقة « الأصلية » : Simulation absolue

هى التى تتناول وجود العقد ذاته ، فيكون العقد الظاهر لا وجود له فى الحقيقة ، ولا تتضمن الورقة المستترة عقدا آخر حقيقيا يختلف

---

(1) جاء فى المصباح المنير باب الألف مع الصاد ومايثلثهما ج ١ ص ٢١ « أصل الشىء » أسفله وأساس الحائط أصله وأستأصل الشىء ثبت أصله ثم كثر حتى قيل أصل كل شىء ما يستند وجود ذلك الشىء اليه فالأب أصل للولد والنهر أصل للجدول والجمع أصول •

(2) رجعت الى المصباح المنير ، والقاموس المحيط فلم أجد فيهما معنى لكلمة « مطلق » •

عن العقد الظاهر • بل تقتصر هذه الورقة على تقرير أن العقد الظاهر انما هو عقد صورى لا وجود له [1] •

فالتصرف الخفى أى المستتر « ورقة ضد » يعدم كلية التصرف الظاهر ، الذى يكون على هذا الوجه مجرد مظهر كاذب لتصرف ليس له فى الحقيقة وجود •

ومن أمثلة الصورية المطلقة :

- أن يعمد المدين الى توقى تنفيذ دائنيه بالحجز على أمواله الى بيعها بيعا صوريا لأحد أقاربه مثلا ويتفق معه بأن يكتتبان بالبيع عقدا ظاهرا ويكتبان فى الوقت ذاته سندا مستترا يذكران فيه أن البيع لا حقيقة له وأن الاموال ما زالت على ملكه أى يكون التصرف الظاهر لا وجود له فى حقيقة الأمر • ويسمى هـذا الاقرار « ورقة ضد » [2] •

- أو أن يتعذر على دائن مطالبه مدينة بنفسه بالوفاء بما عليه من دين ، كما لو كان هناك مانع أدبى يمنعه من ذلك ، فيحول حقه [3] الى الغير حوالة صورية ، وبذلك يكون للمحال له أن يطالب المدين

---

(١) السنهورى المرجع السابق بند ٦١٠ ص ١٣٩٣ .

(٢) عرف مارسل فلانيول **Simulation relative** ورقة الضد بأن « معنى الصورية أن يكون هناك عقدان صادران فى وقت واحد أحدهما ظاهر والثانى من شأنه تعديل أثر العقد الاول أو ابطال أثره سالمرة ويسمى العقد الخفى « ورقة الضد » أنظر كتابة مختصر القانون ، الجزء الثانى بند ١١٨٦ ص ٣٩٦ الفصل الباسع طبعة ١٩٠٥ » .

Ilya simulation Iorsque denx ouplusiénres personnes font une convention opparente diont kes effets sont au modifi és ou Gsobment Supperimés par une autre tenventionn, contem peraine de la prémiére et destiveé a restor sccréte - cette definition suppose done qu' il yo indéntité et d' abfet entre l' acte astensible et l' acte slcret qui moditée ou contredit l' acte astensible et l' acte slcret qui modifée ou contredit l' acte
ostensibke, et l' acfe sécret s' appelle contre - lettre

(٣) أنظر د. اسماعيل غانم ، المرجع السابق بند ٨٥

بالوفاء ، ويتفق سرا على أن الحق لا زال للمحيل لا ينتقل الى المحال له فيكون على هذا الأخير أن يسلم للمحيل ما قد يؤديه المدين (١)

٣٤ـ الصورية النسبية :

هى التى يكون فيها العقد الظاهر ساترا لتصرف حقيقى يختلف عنه من حيث الطبيعة (التستر) ، أو من حيث الشروط والأركان (المضادة) أو من حيث شخصية أطرافه (التسخير) •

ومن هذا نجد أن الصورية النسبية أما أن تكون بطريق التستر أو بطريق المضادة أو بطريق التسخير •

(أ) الصورية النسبية بطريق التستر :

وهى التى تتناول نوع العقد أى تكييفه دون وجوده كالحال فى ستر الهبة وهى التصرف الحقيقى الخفى فى صورة عقد بيع ظاهر وذلك للتخلص من الشكلية التى يستلزمها القانون فى الهبة أو ستر عقد بيع وهو العقد الحقيقى الخفى فى صورة عقد هبة بغرض حرمان الجار من طلب الشفعة لأن القاعدة أن الشفعة لا تجوز الا فى البيع (٢) •

ـ أو أن يصدر من شخص لأحد ورثته عقد بيع وهو فى الحقيقة وصية وذلك للتحايل على قواعد الميراث التى تقضى بعدم نفاذ الوصية فى حق الورثة الا فى حدود ثلث التركة (٣) •

---

(١) حوالة الحق : هى عقد ينقل به الدائن حقه الشخصى الى آخر يحل محله فى اقتضاء الحق من المدين .ويسمى الدائن « محيلا » والدائن الجديد المتنازل له يسمى « المحال له » ويسمى المدين « المحال اليه » •

ـ أنظر كتبنا فى النظرية العامة للالتزامات ج ٢ « أحكام الالتزام ص ١٥٥ » ـ

(٢) نصت المادة ٩٣٥ مدنى مصرى على أن « الشفعة رخصة تجيز فى بيع العقار الحلول محل المشترى فى الاموال وبالشروط المنصوص عليها فى المواد التالية « وهذا وقد تناول التقنين المدنى المصرى بيان شروط وأحكام الشفعة فى المواد من ٦٣٥ حتى ٩٤٣ مدنى •

(٣) قضت محكمة النقض بتاريخ ١٩٨٠/٥/٢٨م مجموعة الاحكام س ٣١ ج ٢ ص ١٥٣١ بان « التمسك من الطاعن بأن **عقد الهبة يستر وصية هو طعن بالصورية النسبة بطريق التستر** يخضع للقواعد العامة فى الاثبات التى تلقى على الطاعن وهو وارث الواهب جبء اثبات هذه الصورية فان عجز وجب الاخذ بظاهر نصوص العقد الذى يعد حجة عليه » •

(ب) الصورية النسبية بطريق المضادة :

الصورية النسبية بطريق المضادة لا تتناول وجود العقد ولا تكييفه وانما تتناول ركنا فيه أو شرطا من شروطه • كالبيع الذى يذكر فيه المتعاقدان ثمنا أقل من ثمنه الحقيقى رغبة منهما فى دفع رسوم التسجيل أقل ، أو أن يذكر أن ثمنا أعلى من الثمن الحقيقى منعا للشفيع من الأخذ بالشفعة ، أو كما لو ذكر فى عقد ايجار منزل أجره أكبر من الأجرة المتفق عليها فى الحقيقة بغية رفع قيمة المنزل المؤجر فى نظر من يتقدم لشرائه بعد ذلك •

— **وقد يقصد من الصورية النسبية بطريق المضادة اخفاء سبب العقد تحت ستار سبب آخر** ، كما لو وهب شخص لسيده مالا معينا وذكر فى سند الهبة أن سببها مجازاة الموهوب لها عن خدمة مشروعة أدتها اليه ، ويكون السبب الحقيقى هو الرغبة فى اقامة علاقة غير مشروعة (١) •

— **كما قد تقتصر الصورية النسبية على مجرد تغيير تاريخ العقد** : كمن يشترى قطعة أرض من مريض فى مرض الموت فيقوم بتقديم تاريخ الشراء ليجعله سابقا على بدء المرض ، أو محجورا عليه فيقدم التاريخ ليحمله سابقا على تسجيل قرار الحجر (٢) •

---

(١) أنظر اسماعيل غانم المرجع السابق ص ١٩٥ بند ٨٥ ، أنظر نقض ٣ نوفمبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ج ١ ص ١٣٨ رقم ٦٧ •

(٢) قضت محكمة النقض بتاريخ ١٩٦٦/٣/٢٤م سنه ١٧ العدد الثانى ص ٧٢٣ بأن « **صورية تاريخ العقد صورية نسبية تنصب على التاريخ وهذه تتعداه الى العقد ذاته** فاذا كان الحكم قد أقام قضاءه بصحة ونفاذ العقد على أسبقية تاريخ تسجيل صحيفة الدعوى على تاريخ تسجيل عقد الطاعن ولم يعول على تاريخ عقد المدعى فان صورية تاريخ هذا العقد لا أثر لها فى الدعوى » •

(جـ) الصورية النسبية عن طريق السخرة [1] :

هى التى ترد على شخص أحد المتعاقدين • ويقصد بهـا اخفاء شخصيته تحت اسم شخص آخر ، الذى يظهر فى العقد بدلا منه • وذلك تهربا من مانع يمنع ابرام التصرف مع المتعاقد الحقيقى كالشأن فى الحالات التى يحظـر فيهـا القانون على شخص ابرام تصرف ما ، فيتفق مع المتصرف معه على سخرية طرف ثالث يظهر اسمه بد لامنه فى العقد دون أن يعلم بذلك الطرف الآخر فى العقد • ولهذا نجد أن المشرع نص فى المادة ٤٧١ مدنى على أنه « لا يجوز للقضاء ولا لأعضاء النيـابة ولا للمحامين ولا لكتبة المحاكم ولا للمحضرين أن يشـتروا لا بأسمائهم ولا باسم مستعار الحق المتنازع فيه كله أو بعضه ، اذا كان النظر فى النزاع يدخل فى اختصاص المحكمة التى يباشرون أعمالهم فى دائرتها ، الا كان البيع باطلا » • والمشرع فى النص السابق تنبه الى حالة الصورية بطريق السخرة فنص فى المادة المذكورة على أنـه لا يجـوز للشخص الممنوع من الشراء أن يشترى لا باسمه ولا باسم مستعار الحق المتنازع فيه متى توافرت سائر الشروط المنصوص عليها فى المادة ٤٧١ مدنى ، فليس له أن يكتسب الحق باسمه ولا بأن يسخر غيره لتحقيق هذا الغرض •

أيضا فى مجال منع الصورية النسبية بطريق السخرة نص المشرع فى المادة ٤٧٢ مدنى على أنه « لا يجوز للمحامين أن يتعاملوا مع موكليهم فى الحقوق المتنازع فيها اذا كانوا هم الذين يتولوَن الدفاع عنها سواء أكان التعامل بأسمائهم أو باسم مستعار والا كان العقد باطلا » •

---

(١) فضلت استعمال كلمة سحره بدلا من اللفظ الدارج فى الاستعمال وهو التسخير : لان كلمة سخرى بالضم بمعناه وسخرته فى العمل بالتثقيل استعملته مجانا وسخر الله الابل ذللها وسهلها •

ـ أنظر المصباح المنير ج ١ فصل السين مع الخاء ومايثلثهما ص ٣٦٦ •

وما نصت عليه المادة ٤٧٩ مدنى على أنه « لا يجوز لمن ينوب عن غيره بمقتضى اتفاق أو نص أمر من السلطة المختصة أن يشــترى بنفسه مباشرة أو باسم مستعار ، ولو بطريق المزاد العلنى ، ما نيط به بيعه بموجب هذه النيابة ، ما لم يكن ذلك باذن القضاء ، مع عدم الاخلال بما يكون منصوصا عليه فى قوانين أخرى » .

وما نص عليه المشرع فى المادة ٤٨٠ مدنى على أنه « لا يجوز للسماسرة ولا للخبراء أن يشتروا الاموال المعهود اليهم فى بيعها أو فى تقدير قيمتها ، سواء أكان الشراء باسمهم أم باسم مستعار » .

المبحث الثـــانى

أنواع الحيـــــل فى الفقـــــه
الاســـــــــلامى

٣٥ــ غلب استعمال الحيل فى عرف الفقهاء على النوع المذموم فهذه الحيل وأمثالها لا يستريب مسلم فى أنها كبائر الاثم وأقبح المحرمات وهى من التلاعب بدين الله واتخاذ آياته هزوا وهى حرام من جهتها فى نفسها لكونها كذبا وزورا وحرام من جهة المقصود بها وهى ابطال حق واثبات باطل ولقد قسمها ابن القيم الى اقسام أو أنواع أربعة :

٣٦ــ أن تكون الحيلة محرمة ويقصد بها المحرم [١] :

ومثالها فى البيع : اذا أراد شخص أن يبيع سلعة بالبراءة من كل عيب ولم يأمن أن يردها عليه المشترى ، ويقول : لم يعين لى عيب كذا وكذا ، أن يوكل رجلا غريبا لا يعرف فى بيعها ، ويضمن للمشترى درك المبيع فاذا باعها قبض منه رب السلعة الثمن فلا يجد المشترى من يرد عليه السلعة وهذا غش حرام ، وحيلة لا تسقط المأثم ، فان علم المشترى بصورة الحال فله الرد ، وان لم يعلم فهو المفرط حيث لم يضمن الدرك المعروف الذى يتمكن من مخاصمته ، فالتفريط من هنا والمكر والخداع من ذلك [٢] ٠

٣٧ــ أن تكون الوسيلة مباحة فى نفسها ويقصد بها المحرم :

ومثالها : السفر لقطع الطريق وقتل النفس المعصومة ٠ فالسفر فى ذاته مشروع ولكنه افضى الى المحرم وبالتالى كان التحيل بها حرام ٠ ولأن السفر كما يكون لقطع الطريق وقتل النفس المعصومة ، قد يكون لأداء فريضة الحج مثلا ولهذا قيل أن الوسيلة مباحة فى ذاتها [٣] ٠

---

(١) أنظر اعلام الموقعين لابن القيم جـ ٣ ص ٣٣٤ ــ اغاثة اللافان جـ ٢ ص ٦٧ ٠
(٢) أنظر إعلام الموقعين لابن القيم جـ ٣ ص ٣٢٤ ٠
(٣) أنظر اعلام الموقعين جـ ٣ ص ٢٥٣ ــ اقامة الدليل ص ٨٥ ٠

٣٨ــ أن تكون الوسيلة لم توضع للافضاء المحرم :

وانما وضعت مفضـــية الى المشروع كالاقـــرار والبيع والنـــكاح والهبة ٠

ونحو ذلك فيتخذها المتحيل طريقا الى الحرام ٠ كمن يتخذ الهبة لامرأة ما وسيلة لاقامة علاقة غير مشروعة معها فالهبة مشروعة ولكن المحتال اتخذها وسيلة لاقامة علاقة محرمة مع المرأة الموهوب لها ٠ وهذا حرام ٠

أوكمن يتخذ البيع وسيلة للحصول على الربا ٠ فالوسيلة أصلها مشروع وضعها الشارع الحكيم لكى تفضى الى المشروع ٠ وذلك لأن البيع مشروع فى ذاته وقد وضـــعه الشـــارع ليفضي الى غاية مشروعة ، ولكن المحتال اتخذ البيع وسيلة للحصول على الربا ، وبالتالى أصبح ما أفضت اليه الوسيلة غاية محرمة لاستعمالها فى غير ما وضعت له ٠

وهذا النوع من الحيل هو الذى نقصده فى المقارنة بالصورية فى الفقه الوضعى وهو الذى يتفق مع تقسيم فقهاء القانون للصورية ٠
ونذكر بعض صور الحيل فى التصرفات فى مجال البيع والشراء ، الاجارة ، الوكالة ، الشركة ، الهبة ، الرهن ، الكفالة ، الحوالة ، المضاربة ، المزارعة ، الشفعة على النحو التالى :

(أ) الحيل فى البيع والشراء :

أراد شخص أن يشترى شيئا ما من بلد غير بلده ٠ فأرســـل لصديق له فى هذا البلد ليشترى له ذلك الشيء الذى عينه ٠ فاذا فرض أن هذا الشيء كان موجودا لدى الصديق سواء كان ملكه أو ملك غيره قد أمره ببعه له ٠ ففى هذه الحالة لا يصح البيع لانه لا نعقاد البيع يجب أن يتم بين ارادتين وفى حالتنا هذه يتولى الصـــديق ــ العقد ــ عن طرفيه ٠ فيتحد القابل والموجب ، وذلك غير جائز ٠

فالحيلة : أن يبيع ذلك الشيء الى شخص يثق به بيعا صحيحـا ، ويدفعه اليه ، ثم يشتريه منه • لصديقه الذى كتب اليه — بطريق الوكالة عنه — فيجوز ذلك لأن البيع انما جرى بين اثنين ، وهـذا خلاف بين أهل العلم ، فى جوازه (١) •

(ب) الحيل فى الشفعة :

أن يشترى المشترى الدار من بائعها بأكثر من قيمتها بأن كانت قيمتها ألفا فيشتريها بألفين وينقد من الثمن ألف الا عشرة ثم يبيع المشترى من البائع عرضا قيمته عشرة بألف درهم وعشرة فتحصل الدار للمشترى بألف لا يأخذها الشفيع الا بألفين • وهذه الحيلة ليست بمسقطه للشفعة شرعا ولكنها مانعة من الاخذ بالشفعة عادة (٢)

— أن يشترى المشترى الدار من بائعها بألف دينار ويتكاتبان على ذلك ، ولكن المدفوع غير المكتوب بأن يدفع عن كل دينار درهمين أو نحو ذلك ، فاذا أراد الشفيع أخذ الدار أخذها من المشترى بما كتب وهو ما قام عليه أى بالدنانير وقد يصرفه ذلك عن شرائها فيسلم فيها وتسلم للمشترى (٣) •

— ومن حيل الشفعة : أن يتصدق صاحب الدار — ببيت — من الدار بطرقه على الذى يريد شراء الدار ، ثم يشترى منه بعد ذلك ، باقى الدار بشىء ، فلا يكون للشفيع فيها شفعة لان المشترى قد صار شريكا فى الدار بذلك البيت (٤) •

— ومنها أن يهب البائع الحائط الذى بينه وبين الجار مع أصـله للمشترى مقسوما ويسلمه اليه أو يهب له من الارض قدر زراع

---

(١) أنظر فى ذلك الفتاوى الهندية جـ ٦ ص ٤٢ ، واعلام الموقعين جـ ٣ ص ٣١٥ ، والخمارج فى الحيل لمحمد بن الحسن ص ٤٣ . — أنظر د. يجاشى ابراهيم المرجع السابق ص ٤٥٤ .

(٢) أنظر البدائع الصنائع ج ٦ ص ٢٧٥٠ .

(٣) أنظر المخارج فى الحيل لمحمد بن الحسن ص ٨٣ ، ص ١٣٠ .

(٤) أنظر د. نجاشى ابراهيم المرجع السابق ص ٤٦٦ .

من الجانب الذى يلى الشفيع ويسلمه اليه ثم يبيع منه البقية بالثمن فلا شفعة للجار لا فى الموهوب لا نعدام شرط وجـوب الشفعة وهد البيع ولافى المبيع لانعدام سبب الوجوب وهـو الجوار (١) •

(ج) الحيل فى الرهن :

اذا رهن الراهن عند آخر (الدائن) رهنا قيمته أكثر من الدين وخاف الراهن أن يدعى المرتهن هلاكه ويذهب به **الحيلة له : أن** يعيره اياه أولا ، فاذا قبضه قبض عليه رهنه بعد ذلك ، فاذا تلف عنده كان فى ضمانه باعتباره عاريه لأن طرؤ الرهن على العارية لا يبطل حكمها ، لأن المرتهن يجوز له فى هذه الحالة الانتفاع بها بعد الرهن كما يجوز له الانتفاع بها قبله ولو بطل لم يجز له الانتفاع (٢) •

(د) الحيل فى الهبة :

تزوج رجل من امرأة وأراد أن تهبه اياه صداقها فقال لها اذا لم تهبى صداقك فأنت طالق • فعلم أبيها بذلك فقال لها ان وهبت صداقك لزوجك فأمك طالق ثلاثا •

والحيلة هنا حتى لا تطلق الزوجة أو أمها • أن تشترى من زوجها — ثوبا — ملفوفا فى شىء بمهرها ، وتقبض ذلك الشىء من زوجها • فاذا مضى ذلك اليوم ، فقد مضى وقت اليمين ، ولا مهر لها فى ذمة الزوج — حتى تطلق — ان لم تهبه لـه ، وبذلك تسـقط اليمين ، لا يحنث الزوج بترك الهبة •

---

(١) أنظر بدائع الصنائع ج ٩ ص ٢٧٥٠ .

(٢) أنظر اعلام الموقعين ل ٣ ص ٣٦٢ .

ثم تكشف الزوجة ــ بعد ذلك ــ عن الثوب الملفوف الذى اشترته من زوجها ، فترد ، بخيار الشرط ، فيعود المهر على الزوج ، ولا تطلق أمها أيضا ، لانها وهبت المهر ، وانما اشترت به الثوب الملفوف [1] •

(هـ) الحيل فى الاجارة :

اذا استأجر منه دارا مدة سنين بأجره معلومة • فخاف أن يغدر به المكرى فى آخر المدة ويتسبب الى فسخ الاجارة بأن يظهر أنه لم تكن له ولاية الايجار أو أن المؤجر ملك لابنه أو امرأته أو أنه كان مؤجرا قبل ايجاره ، ويتبين المقبوض أجرة المثل لما استوفاه من المدة وينتزع المؤجر له منه ــ فالحيلة فى التخلص من هذه الحيلة أن يضمنه المستأجر درك العين المؤجرة له أو لغيره ، فاذا استحقت أو ظهرت الاجارة فاسدة رجع عليه بما قبضه منه •••• وكذلك اذا خاف المؤجر أن يقدر المستأجر ويدخل فى آخر المدة ، فليجعل معظم الاجرة على المدة التى يأمن فيها رحيله والقدر اليسير منها لآخر المـــدة [2] •

ــ لا تصح اجارة الارض المشغولة بالزرع ، فان أراد ذلك فله **حيلتان جائزتان ، احدهما :** أن يبيعه الزرع ثم يؤجره الأرض ، فتكون الارض مشغولة بملك المستأجر ، فلا يقع فى صـــحة الاجارة ، فان لم يتمكن من هذه الحيلة لكون الزرع لم يشتد أو كان زرعا للغير انتقل الى الحيلة الثانية ، وهى أن يؤجره اياها لمدة تكون بعد أخذ الذرع ، ويصح هذا بناء على صحة الاجارة المضافة [3] •

الحيل فى الكفالة : اذا كفل اثنان واحدا ، فسلمه أحدهما ، بدىء الآخر ، كما لو ضمنا دينا فقضاه أحدهما ، فان خاف أن يدفعه ــ الى حاكم ــ لا يرى ذلك ، ويلزم الآخر بتسليمه •

---

(١) أنظر فى هذا المثال د. نجاشى ابراهيم ، المرجع السابق ، ص ٤٦١ ــ وانظر الفتاوى الهندية جـ ٦ ص ٤٠٩ •

(٢) أنظر اعلام الموقعين ج ٣ ص ٣٣٧ •

(٣) أيظر اعلام الموقعين جـ ٣ ص ٣٤٥ •

فالحيلة فى خلاصه : أن يكفلا هذا المكفول به ، على أنه اذا دفعه أحدهما فهما جميعا بريئان ، أو يشهدا عليها ، أن كل واحد منهما — وكيل صاحبه — فى دفع المكفول به الى الطالب ، والتبرىء اليه منه ، فيبرأن على قول الجميع (١) .

الحيل فى الشركة : واذا أراد رجلان : أن يشتركا — فى تجارة — ومع أحدهما مائة دينار ، ومع الآخر ألف درهم ، فخافا أن يضيع أحد المالين ، قبل يشتريا — بالمال — شيئا فيكون مايضيع من مال صاحبه ، وأرادا أن يكون ذلك عليهما فالحيلة فى ذلك : أن يبيع صاحب الدنانير — نصف الدنانير — من صاحب الدراهم بنصف الدراهم ، فاذا فعلا ذلك : صار المالان جميعا نصفين بينهما ، فأى المالين ضاع ، كان من مالهما جميعا ، ويتعاقدان للشركة على ما يردان (٢) .

(ص) الحيل فى الوكالة :

اذا وكل رجل آخر يشترى له شيئا معينا بمبلغ معين فقبل الوكيل الوكالة . ولكنه الوكيل ذهب لشراء ذلك الشىء أعبهوأراد شراءه لنفسه من غير اثم يدخل عليه ولا غدر بالموكل جاز ذلك لأن شراءه اياه لنفسه عزل لنفسه واخراج لها من الوكالة ، والوكيل يملك عزل نفسه فى حضور الموكل وغيبته . وليس فى ذلك بيع على بيع أخيه أو شراء على شراء أخيه . الا أن يكون صاحب الشىء محل العقد قد ركن الى الموكيل وعزم على امضاء البيع له ، فيكون شراء الوكيل لنفسه حينئذ حراما لانه شراء على شراء أخيه . **أما على أصل أبى حنيفه فلا يتأتى ذلك** لان الوكيل لا يملك عزل نفسه فى غيبة الموكل ، فلو اشتراه لنفسه لكان عزلا لنفسه فى غيبة موكله ، وهو لا يملكه .

---

(١) اغاثة اللهفان ج ٢ ص ٢٩ .

(٢) انظر كتاب الخصاف فى الحيل ص ٥٨ .

فالحيلة فى شراء الشىء لنفسه : أن يشتريه بغير جنس الثمن الذى وكل أن يشترى به ، وحينئذ فيملكه ؛ لان هذا العقد غير الذى وكل فيه ، فهو بمنزلة ما لو وكله فى شراء شاة فاشترى فرسا ، فان العقد يكون للوكيل دون الموكل (١) •

(ض) الحيل فى المزارعة :

اذا أراد رجلان ، لكل واحد منهما أرض ، أن يأخذ كل واحد منهما ــ أرض صاحبه ــ مزارعه بأرضه ، فان ذلك لا يجوز •

والحيلة فى ذلك : أن يؤاجر أحدهما ــ من صاحبه ــ أرضه بدراهم أو بدنانير أو بعرض من العروض • فيجوز ذلك (٢) •

(ط) الحيل فى الاعسار :

اذا كان المعسر مدينا بدين فأعسر به فادعى عليه به ، فان أنكره كان كاذبا ، وان أقر له به ألزمه اياه ، وان حجده أقام به البينة ، فان أدعى الاعسار بعد ذلك فان المدعى قد ظهر للحاكم كذبه فى حجده للحق فهكذا هو كاذب فى دعوى الاعسار ، **فالحيلة فى تخليصه** أن يقول : لا يلزمنى توفية ما يدعيه على ولا أداؤه ، فان طالبه الحاكم بجواب يطابق السؤال فله أن يورى كما تقدم ، ويحلف على ذلك فان خشى من اقامة البينة فهنا تعز عليه الحيلة ، ولم يبق له تحليف المدعى أنه لا يعلم عجزه عن الوفاء أو عن اقامة البينه وبأنه عاجز عن الوفاء ، فان حلف المدعى ولم تقم له بينة بالعجز لم يبق له حيلة غير الصبر (٣) •

---

(١) أنظر اعلام الموقعين جـ ٣ ص ٣٤٧/٣٤٨ ــ الفتاوى الهندية جـ ٦ ص ٤٢١ ــ كتاب الخصاف فى الحيل ص ٥٦ . والمخارج فى الحيل لمحمد بن الحسن ص ٢٥ .

(٢) أنظر كتاب الخصاف فى الحيل ص ٥٢ .

(٣) أنظر اعلام الموقعين جـ ٣ ص ٣٦٥/٣٦٦

(ظ) الحيل فى المضاربة :

اذا دفع رجل الى آخر مال مضاربة ، وأراد صاحب المال أن يكون المضارب ضامنا للمال •

فالحيلة فى ذلك : أن يقرض صاحب المال ــ المضارب ــ المال كله الا درهما ، ثم يشـاركه بذلك الـدرهم بجميع ما أقرضـه ، على أن يعملا بالمال جميعا ، فما رزقهما الله ــ من شىء ــ فهو بينهما نصفان ، أو كيف شاء ، وذلك جائز •

فان عمل أحدهما بالمال ــ دون صاحبه ــ باذن صاحبه والربح بينهما على ما اشترطا عليه ، فان ذلك جائز أيضا [1] •

٣٩ـ أن يقصد بالحيلة أخذ حق أو دفع باطل :

ومثالها أن يكون لرجل على آخر حق فيجمده ولا بينه له • فيقيم صاحبه شاهدى زور يشهدان به ولا يعلمان ثبوت هـذا الحق ومثل ذلك أن يكون له على رجل دين ، وله عنده وديعة فيجحد الوديعة ، فيجحد هد الدين أو بالعكس ، ويحلف ما له عندى حق ، أو ما أودعنى شيئا [2] •

---

(1) انظر المخارج فى الحيل لمحمد بن الحسن ص ٧٦ ، ص ١٢٩ •
(2) انظر اعلام الموقعين ج ٣ ص ٣٣٥ •

المبحث الثـــالث

مقارنة أنواع الصورية فى القانون المدنى وما يقابلها من الحيل فى الفقه الاسلامى

٤٠- اذا قارنا تقسيمات وأنواع الحيل المحرمة كما قسمها فقهاء الفقه الاسلامى نجد أنها لاتخرج عن أنواع الصورية التى قال بها فقهاء القانون المدنى • فنجد أننا لو وضعنا تقسيمات فقهاء الفقه الاسلامى للحيل فى امر أنواع الصورية كما ذكرها فقهاء القانون تجد أنها لا تخرج عن الصورية المطلقة (الأصلية) ، والصورية النسبية •

٤١- **فالنوع الأول** : من التقسيم نجده يقابل الصورية المطلقة « الاصلية » حيث لا أثر اطلاقا للتصرف الصورى كذلك لا أثر اطلاقا لمن يستخدم وسيلة محرمة للوصول الى حيلة محرمة • فكليهما لاوجود له فى الواقع • فمن يبيع أرضه بيعا صوريا ويأخذ ورقة ضد ينفى فيها على أن هذا البيع لا أساس له ولا وجود له فى الحقيقة مثله كمثل : من يبيع سلعة بالبراءة من كل عيب ولم يأمن له بردها عليـه المشترى ، فيقوم بتوكيل رجلا غريبا لا يعرف فى بيعها ، ويضمن للمشترى درك المبيع •

فكل من المتصرفين ينصبان على وجود الشىء فى ذاته فلا البيع الصورى الاول ينقل الملكية ، ولا البيع فى الصـورة الثانيـة يمنع المشترى من المشترى من الرجوع على البائع بالعيب والرد •

٤٢- **أما النوع الثانى والثالث** : فهو يقابل الصورية النسبية • لأن الوسائل فى كل منهما مباحة أما الغاية التى تستخدم فيها هذه الوسائل فهى محرمة • فمن يستخدم الهبة بدلا من البيع كوسيلة لحرمان الجار من الأخذ بالشفعة نجد أنه استخدم وسيلة مشروعة لتحقيق غرض غير مشروع • هذا ونلاحظ أن الفقه المدنى بسبب تطور المجتمع وتشعب العلاقات به قد أضاف صورا أخرى من الصور النسبية كالصورية بطريق السخرة • الا أن هذا لا يمنع أن الفقه الاسلامى قد عالج ذلك النوع من الصورية تحت أحكام أخرى بعيدة على الحيل •

الفصـــــل الرابع

شروط تحقق الصورية فى القانون المدنى
وما يقابلها فى الفقه الاسلامى

٤٣ـ نتناول فى هذا الفصل بيان شروط تحقق الصورية فى القانون المدنى وما يقابلها من الحيل فى الفقه الاســـلامى مع ايضـــاح الاتفـــاق والاختلاف بينهم •

المبحث الأول
شروط تحقق الصورية فى القانون المـــدنى [1]

٤٤ـ من خلال عرضنا لتعريف الصورية وبيان أنواعها نجد أن الصورية لا تتحقق الا اذا توافرت الشرول الآتية :

٤٥ـ الشرط الأول : أن يوجد عقدان أو تصرفان قانونيان اتحـــد فيهما الطرفان والموضوع : فالصورية تستلزم وجود عقدين متحدين فى الاطراف والموضوع أحدهما ظاهر : وهو ما يسمى بالعقد الصورى ، والآخر خفى وهو الفقد المستتر أى العقد الحشيقى الذى يعتد به فيما بين الطرفينوالخلف العام لهما طبقا لنص المادة ٢٤٥ مدنى مصرى والتى تنص على أنه « اذا ستر المتعاقدان عقدا حقيقيا يعقد ظاهرا قالعقد النافذ فيما بين المتعاقدين والحلف العام هو العقد الحقيقى » •

ولا يكفى أن يوجد عقدان أحدهما ظاهر والآخر مستتر بل لابد أن يكون طرفا العقدين واحدا أى من يقوم بتحرير العقد الحقيقى

(١) أنظر د. عبد الرازق السنهورى المرجع السابق بند ٦١٤ ـ د. عبد الفتاح عبد الباقى المرجع السابق فقرة ١٠٤ ص ١٨٢/١٨٣ ـ د. سليمان مرقس المرجع السابق فقرة ٦٩٦ ـ د. اسمدعيل غانم المرجع السابق بند ٨٦ ـ أنظر أحكام محكمة النقض فى ١٩٧٤/٤/٩ م ـ م نقض م ـ ٢٥ ـ ٦٥٨ ، نقض ١٩٤٩/١٢/١م مجموعة أحكام النقض ١ رقم ١٣ ص ٤٨ •

هو الذى يحرر العقد الظاهر (الصورى) ولكن لا يشترط اتحاد المتعاقدين فى العقدين شخصيا Identité physiqve
بل يكفى اتحادهما اتحادا قانونيا Identité juridique

فيجوز أن يحرر ورقة الضد المثبتة للعقد السرى وكيلان عن المتعاقدين فى العقد الظاهر أو بالعكس (1) كما يجوز أن يحرر ورقة الضد المثبتة للعقد السرى ورثة المتعاقدين فى العقد الظاهر باعتبارهم الممثلين القانونيين لمورثه (2) •

أيضا يلزم أن يكون موضوع كل من العقدين واحدا من حيث المحل بمعنى أنه اذا كان محل العقد المستتر بيع قطعة أرض مثلا فلابد أن يكون محل العقد الظاهر هو نفس الارض التى هى محل العقد المستتر • وأن اختلافوا من حيث التكييف القانونى بأن يكون العقد الحقيقى بيعا والآخر الظاهر هبة أو يكون الثمن فى العقـد الظاهر مختلفا عن الثمن فى العقد المستتر • المهم أن يكون المحـل الذى ينصب عليه موضوع العقدين واحدا •

٤٦ــ الشرط الثانى : أن يكون هناك تغايرا بين العقدين سواء فى الطبيعة أو الشروط أو الاركان :

(أ) ومن أمثلة التغاير بين العقدين فى الطبيعة : أن يذكر المدين فى سند الدين أن « القيمة وصلتنا نقدا » وتكون الحقيقة أنه لم

---

(1) قضت محكمة النقض بتاريخ ١٩٨٤/٢/٢٨ م فى الطعنان رقما ٥٩٨ ، ٦٥٥ لسنه ٥٠ قضائية بأن « عقد الوكالة بالتسخير يقتضى ن يعمل الوكيل باسمه الشخصى وان كان يعمل لحساب الموكل بحيث يكون اسم الموكل مستترا ، ويترتب على قيامهما فى علاقة الوكيل المسخر بالغير أن تضاف جميع الحقوق التى تنشأ من التعاقد مع الغير الى الوكيل المسخر فيكون هو الدائن بها للغير كما تضاف اليه جميع الالتزامات فيكون هو المدين بها للغير ، أما فى علاقة الوكيل المسخر بالموكل فهى تقوم على الوكالة المستترة ــ تطبيقا لقواعد الصورية التى تستلزم أعمال العقد الحقيقى فى العلاقة بينهما ومن ثم فان تسجيل البيع الصادر للوكيل المسخر ينتل الملكية مباشرة من الغير الى الموكل وتثبت الوكالة بالتسخير فيما بينهما وفقا للقواعد العامة فى الاثبات » .

(2) أنظر ايلين بارتان ، نظرية ورقة الضد طبعة ١٨٨٥ ص ١٥٠ ، جوسـف تالـون Jozeph talon فى ورقة الضد وبعض التطبيقات العملية فى القانون المدنى والتجارى • رسالة من باريس سنة ١٩٠٤ ص ٢٨ •

يتسلم شيئا وانما أراد التبرع بما تعهد بأدائه لباعث مشروع فيكون العقد الظاهر قرضا والعقد المستتر هبة (١) •

— أو أن يكون العقد الظاهر عقد بيع ليكون ستارا لاخفاء هبة تجنبا لصياغة العقد فى الشكل الرسمى • لأن الرسمية ركن فى الهبة (٢) •

(ب) **ومن أمثلة التغاير الذى ينصب على شروط العقد**: كمن يذكر فى بيع العقار ثمنا أقل من الثمن الحقيقى تهربا من دفع رسوم التسجيل كاملة • لأن رسم التسجيل رسم نسبى •

(ج) **وقد ينصب التغاير على ركن من أركان العقد** : كمن يريد أخفاء سبب العقد تحت ستار سبب آخر • كما لو وهب شخص لسيده مالا معينا وذكر فى سند الهبة أن سببها مكافأة الموهوب لها على خدمة مشروعة أدتها اليه ويكون السبب الحقيقى هو الرغبة فى اقامة علاقة غير مشروعة (٣) •

٤٧ـ الشرط الثالث : أن يكون العقدان متعاصرين (٤)

وعلى ذلك يلزم أن يصدر العقدان الظاهر ، والمستتر معا فى وقت واحد • فاذا كان أحدهما لاحقا للآخر فان ذلك يعد بمثابة تعديل له ، ويشترط أن يكون العقدان متعاصران لأن الصورية لا توجد الا اذا كانت ارادة الطرفين لم تنصرف فى أى وقت انصرافا جديا الى التصرف الظاهر ، وانما كانت متجهة فى بادىء الأمر الى محو آثاره أو التعديل فيها وهذا ما يستدعى أن يكون كل من التصرفين متعاصرين •

---

(١) أنظر نقض ١٩٣٣/١١/٣ م مجموعة عمر ج ١ ص ١٣٨ رقم ٦٧ •

(٢) تنص المادة ١/٤٨٨ مدنى على أنه « تكون الهبة بورقة رسمية ، والا وقعت باطلة ما لم تتم تحت ستار عقد آخر » •

(٣) أنظر د. اسماعيل غانم المرجع السابق بند ٨٥ ص ١٩٥/١٩٤ •

(٤) أنظر د. السنهورى المرجع السابق فقرة ٦١٤ — د. سليمان مرقس المرجع السابق فقرة ٦٩٦ د. عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ١٠٤ ص ٩٨٣/١٨٢ — د. اسماعيل غانم المرجع السابق بند ٨٥ •

ولا تشترط المعاصرة المادية ، بل تكفى المعاصرة الذهنية • أى المعاصرة التى دارت فى ذهن المتعاقدين وانعقدت عليها نيتهما وقت صدور التصرف الظاهر وان صدر التصرف المستتر فى وقت لاحق (٢) •

تلك هى الشروط الواجب توافرها حتى يمكن القول بأننا بصدد تصرف صورى أما الشروط الواجب توافرها فيما يقابل الصورية وهى الحيل فى الفقه الاسلامى فتناولها بالشرح فى المبحث التالى •

---

(٢) قضت محكمة النقض فى حكمها الصادر فى ١٩٧٤/٤/٩ — م نقض م — ٢٥ — ٦٥٨ « اذا استخلص الحكم المطعون فيه مما أورده الخبير فى تقريره أن الاقرار اللاحق للعقد محل الدعوى الموصوف بأنه عقد بيع بات انما ينصب على هذا العقد واستنتج الحكم من عبارات هذا الاقرار — بما لاخروج فيه على المعنى الظاهر لها • أن العقد وان كان فى ظاهره بيعا الا أن طرفيه عمدا به فى الحقيقة منذ البداية الى أن يكون ساترا لرهن حيازى فان المحكمة — فان اعتبار الاقرار المذكور ورقة ضد توافر المعاصرة الذهنية التى تربطه بالعقد وان اختلف تاريخها «وقضت أيضا فى حكمها الصادر فى ١٩٤٩/١٢/١ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ١٣ ص ٤٨ » بأن لمحكمة الموضوع ، بمالهامن سلطة تفسير العقود وتقدير الوقائع أن تقرر أن العقد محل الدعوى ، وان صدر فى يوم تال لعقد آخر بينه وبين العقد الآخر معاصرة ذهنية ، وأن العقد الاخير وان وصف بأنه تراد أوتفاسخ ، هو فى حقيقته ، حسبما انعقدت عليه نية الطرفين ورقة ضد تفيد صورية العقد الاول • وقد قضت فى ١٩٤٩/١٢/١٥م مجموعة النقض ١ رقم ٣٠ ص ١٤٢ « بأنه يكفى فى اعتبار الاقرار بمثابة ورقة ضد توافر المعاصرة الذهنية التى تربطه بالعقد وان اختلف تاريخهما » .

المبحث الثـــانى

شـــــروط الحيـــــل فى الفقـــــه الاســـــــلامى

٤٨ـ عرف فقهاء الفقه الاسلامى كما ذكرنا الحيلة بأنها « تقديم عمل ظاهر الجواز لابطال حكم شرعى ، وتحويله فى الظاهر الى حـــكم آخر » ومن هذا التعريف يمكن لنـــا أن نستخلص الشروط الواجب توافرها لوجود الحيل :

٤٩ـ الشرط الأول ـ وجود عمل ظاهرى مشروع له قصد باطنى محظور :

أى قيام الشخص المحتال بابرام عقد ظاهرى فى شكله الجواز ولكنه فى الحقيقة يقصد من ورائه تحقيق قصد غير مشروع ليخالف الحكم الشرعى الذى يمثل العقد الحقيى • ومثال ذلك المحتال الذى يبخل بما أعطاه الله من فضله ويمنع عن المحتاجين الزكاة فان احتياله يدفعه الى التعلق بقول الرسول صلى الله عليه وسلم « **لا زكاة فى** مال حتى يحول عليه الحول » (١) •

وما دام حولان الحول هو الموجب للزكاة بنص الحديث فما عليه الا أن يقطع الحول يوما أو بعض يوم وهكذا يفعل فى كل حول وذلك بأن يبيع ماله بيعا ظاهر لابنه أو لزوجته ـ وهو ما فعله أبو يوسف القاضى رحمه الله • وهب ماله آخر الحول لزوجته ثم استوهبه منها بعد ذلك لتسقط عنه الزكاة (٢) ـ لبضعة أيام ثم يسترده منه مرة أخرى • فالتصرف الظاهرى فى شكله صحيحا ولكنه يخالف العقد الحقيقى • وهو الذى يتضمن الحكم الشرعى بوجوب الزكاة •

---

(١) أنظر سبل السلام للصنعانى ج ٢ ص ١٢٨ ـ نيل الاوطار للشوكانى ج ٤ ص ١٥٧ ط « الحلبى » .

(٢) أنظر غمز عيون البصائر ج ٢ ص ٢٩٢ ـ أنظر الفتاوى الهندية ج ٦ ص ٣٩١ .

ومن الامثلة التطبيقية فى ذلك : أنه يكره للسماسرة : ما يأخذونه من الاجرة على شراء المتاع ــ **والحيلة** : حتى يطيب لهم ذلك : أن يشترى أحدهم ــ المتاع ــ لنفسه ، ويقبضه ، ثم يبيعه ممن يريد أن يشترى ذلك ، ويربح فيه مثل ما كان يأخذ وهو سمسار (١) .

وبمقتضى هذا الشرط نجد أن للمسألة حكمان حكم حقيقى شرعى . تهرب وتحايل على تطبيقه المحتال باجراء العقد الظاهرى أى الصورى وان كان شكله الظاهرى صحيحا . الا أنه قصد به التحايل والاضرار . بالغير والتهرب من حكم شرعى . وبالتالى فهو محرم . وذلك بقول الله سبحانه وتعالى « ولا تمنن تستكثر » أى لا تعطى عطاء تطلب أكثر منه وهو أن تهدى ليهدى اليك أكثر من هديتك (٢) .

وتستخلص أأيضا من هذا الشرط أنه يلزم وجود عقدين للحيل الاول : حقيقى وهو الحكم الشرعى والثانى : ظاهرى وهو الصورى الذى قصد به التهرب من الحكم الشرعى .

٥٠ــ الشرط الثانى : حكم شرعى اتخذ مظهرا ومخبرا مختلفين :

أى العقد الظاهرى يغاير العقد الحقيقى المستتر سواء فى المضمون أو الشروط كأن يجعل المتحيل الحكم الحقيقى الشرعى مباحا بعد أن كان محرما . وذلك بناء على العقد الظاهرى المباح شكلا . وهــو محظور بحسب العقد والنية . وما دامت المقدمات مسلمة الجواز ظاهرا فان الحكم التابع لهما لا بد وأن يكون ظاهر الجواز أيضا . ووراءه حكم شرعى آخر قصد المتحيل ابطاله وأما المآل فهو ابطال حكم شرعى ، وخالف قواعد الشريعة فى واقع الأمر .

٥١ــ الشرط الثالث : مآل واقعى وهو انتهاك تعاليم الشريعة :

أى أن طرفى العقد الظاهرى قصــدا من ورائه انتهاك قواعــد الشريعة . فطرفى التصرف الحيلى يقصدان من ورائه التحايل والتهرب من تطبيق حكم شرعى فى المسألة التى يتناولونها فى العقد الظاهر .

---

(١) أنظر اعلام الموقعين جـ ٣ ص ١٧٢ .

(٢) أنظر المخارج فى الحيل لمحمد بن الحسن ص ٤٣ ، وكتاب الخصاف فى الحيل ص ١٥ .

المبحث الثــــالث

مقارنة شروط الصورية فى القانون المدنى
وما يقابلها فى الفقه الاســـــلامى

٥٢ـ عند مقارنة شروط الصورية فى القانون المدنى بشروط الحيل فى الفقه الاسلامى نجد أنها تتفق معها فكل من الصورية والحيل يستلزمان وجود عقدين أحدهما ظاهر (التصرف الحيلى) والآخر حقيقى مستتر (الحكم الشرعى) •

أيضا تشترط الصورية اختلاف مضمون العقدين الظاهر والحقيقى وهو ما يتطلبه التصرف الحيلى فنجد أن التصرف الظاهر الحيـلى يختلف عن الحكم الشرعى الحقيقى •

كذلك تتطلب الصورية المعاصرة بين العقدين ويكفى فيها المعاصرة الذهنية • وهو أيضا ما تستلزمه الحيل حيث يكون المآل الواقعى فيها هو انتهاك تعاليم الشريعة وهى لا تتم الا اذا كان المتحـايل يقصد ذلك من وراء تصرفه الظاهرى الذى يقصد به التهرب من تطبيق حكم شرعى حقيقى كما ذكرنا •

الفصــــل الخامس

اثبات الصورية فى القانون المدنى والفقه الاســــلامى

٥٣ــ نتناول فى هذا الفصل اثبات الصورية فى القانون المدنى ، والفقــه الاسلامى مع ايضاح أوجه الاتفاق والاختلاف بينهما •

المبحث الأول

اثبات الصورية فى القانون المــدنى

٥٤ــ اذا نظرنا الى دعوى الصورية نجد أن هذه الدعوى قد يقيمها أحد أطراف الصورية أو خلفهما العام • وقد يرفعها الغير على الطرفين ، وعلى من يدعى الصورية يقع عبء اثبات دعواه (١) •

ولكن كيف يثبت المدعى صحة مايدعيه ؟ هذا ما سنحاول ايضاحه فى هذا المبحث •

وقبل أن نتناول طرق اثبات الصورية سواء فيما بين طرفيها أو بالنسبة للغير ، يجب أن نلقى الضوء على مفهوم دعوى الصورية :

٥٥ــ مفهوم دعوى الصورية :

ان الصورية تعنى أن يتفق الطرفان على اجراء تصرف ظاهر غير حقيقى يخفى حقيقة العلاقة بينهما ، وهذا الاتفاق ينتج اثره بين طرفيه وبالنسبة للغير ــ ولهذا نجد أن المدعى فى دعوى الصورية

---

(١) قضت محكمة النقض فى ١٩٦٨/١١/١٤ ــ م نقض ــ ١٩ ق رقم ٢٠٥ ص ١٣٦٢ بأن « الطعن بأن عقد البيع يستر وصية ولم يدفع فيه ثمنا هو طعن بالصورية النسبية بطريق التستر ويقع على الطاعنة عبء اثبات هذه الصورية فان عجزت وجب الأخذ بظاهر نصوص العقد » .

قد يكون أحد طرفى العقد الصورى أو الغير • فقد يرفع أحد طرفيها **الدعوى على المتعاقد الآخر بالطعن فى الصورية** • ولذا يشترط لقبول **الدعوى :**

(أ) أن يكون الطعن بالصورية الذى يجب على المحكمة بحثه والبت فيه جاز فلا يكفى مجرد الطعن بالتواطؤ والاحتيال لان ذلك لا يمنع بذاته من جدية العقد ومن رغبتهما احداث آثار قانونية للعقد [1] •

(ب) أيضا اذا ما طعن فى العقد بالصورية فان عدم ادخال من لـــه مصلحة فى التمسك بالعقد الصورى فى الدعوى كخلف المشترى الظاهر سىء النية • لا يمنع من قبول الدعوى ولكن لا يكون الحكم الصادر فيها حجة قبله [2] •

---

(١) قضت محكمة النقض فى حكمها الصادر بتاريخ ١٩٧٧/٥/٤م فى الطعن ٢٠٦ لسنة ٤٣ ق ـــ م نقض ـــ س ٢٨ ص ١١٣٥ بأن « المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن الطعن بالصورية الذى يجب على المحكمة بحثه والبت فيه يلزم أن يكون صريحا فى هذا المعنى ولا يفيده مجرد الطعن بالتواطؤ أو الاحتيال لاختلاف الامرين مدلولا وحكما لان الصورية انما تعنى عدم قيام المحرر أصلا فى نية عاقدية ، أما التواطؤ فانه غير مانع من جدية التعاقد ، ومن قيام الرغبة فى احداث آثار قانونية له ، ولمـــا كان الواقع فى الدعوى ان الطاعنة لم تدفع بصورية عقد الايجار الصادر للمطعون عليه الثانى أمام محكمة أول درجة ، وانما بنت دفاعها على أن عملية القرعة التى جعلت منها سندها فى مدعاها أجريت بمعرفة المالك ـــ المطعون عليه الاول وساقت على ذلك فى مذكرتيها الشارحتين عدة قرائن تنم على التواطؤ بين المالك وبين قريب المطعون عليه الثانى بدليل تحرير العقد بمقر الشرطة وتأخر المستأجر فى استلام الشقة من شاغلها وقتذاك ، وكان هذا لا يعنى التمسك على نحو جازم قاطع بصورية هذا العقد ، فلا على الحكم المطعون فيه أن هو التفت عن هذا الدفاع » •

كما قضت فى حكمها الصادر بتاريخ ١٩٥٨/٣/٣ فى الطعن رقم ٩١ سنة ٢٤ ق س ٩ ص ٣٣٠ بأن « الطعن على العقود بالصورية الذى يجب على محكمة الموضوع بحثه والبت فيه يجب أن يكون صريحا فى هذاالمعنى ولا يفيده مجرد الطعن بالتواطؤ لاختلاف الامرين مدلولا وحكما ، لان الصورية تعنى عدم قيام العقد أصلا فى نية عاقديه ، أما التواطؤ بين المتعاقدين فانه غير مانع بذاته من جدية العقد ومن رغبتهما احداث آثار قانونية له » •

(٢) قضت محكمة النقض فى الطعن رقم ٥ سنة ٤٣ ق جلسة ١٩٧٧/٥/٤م س ٢٨ ص ١١٢٥ اختصام المؤجر فى دعوى صورية عقد الايجار على قبول الدعوى ، وانما الاثر المترتب على ذلك بانه « اذا كان القانون لا يوجب فى دعوى الصورية اختصام أشخاص معينين ومن ثم فلا تأثير لعدم ينحصر فى أن الحكم الصادر فيها لا يكون حجة عليه » •

(جـ) كما قد يكون الطعن بالصورية فى صورة دفع أمام المحكمة فى دعوى يرفعها أحد طرفى العقد الصورى على الطرف الآخر بموجب العقد الظاهر ، ولكن هذا لا يمنع محكمة الموضوع من بحث جدية الورقة التى تقدم فى الدعوى من تلقاء نفسها ولم يطعن عليها أحد بالصورية [1] • ويجوز ابداء هذا الدفع فى أية حالة كانت عليها الدعوى فى المرحلة الابتدائية أو الاستئنافية — — ولا يجوز التمسك بصورية العقد امام محكمة النقض [2] •

٥٦ـ وقد ترفع دعوى الصــورية من الغير : كدائنى البائع مثــلا على الطرفين ، فيطعن فى العقد الظاهر بالصورية ويتمسك بالعقد المستتر — لأن مصلحته تقتضى ذلك — فتمسك دائن البائع بالعقد الحقيقى يبقى محل العقد ضمن الضمان العام لاموال مدينه والتى يستطيع اقتضاء دينه من تلك الاموال **ويشترط فى هذه الحالة** لقبول الدعوى :

(أ) ادخال كل من طرفى الصورية خصما فى الدعوى [3] •

(ب) وفى هذه الحالة أيضا **لا يجوز للدائن الذى رفع دعوى الصورية باسم مدينه اثبات الصورية الا بالطرق التى يستطيع بها المدين**

---

(1) قضت محكمة النقض بتاريخ ١٩٨٥/١٠/٣١م فى الطعنان ١٣٥٢ ، ١٣٨٤ لسنة ٥١ قضائية بأن « بحث صورية الورقة التى تقدم فى الدعوى — وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة — مما تختص به محكمة الموضوع فلها بموجب هذه السلطة أن تعرض لها ولا تستنتج جديتها أو صوريتها من قرائن الدعوى دون رقابة عليها فى ذلك من محكمة النقض متى كان استخلاص المحكمة سائغا » •

(2) قضت محكمة النقض فى الطعن رقم ٨٠ سنة ٢ ق جلسة ٢ ، ٣/ ٣٣ بأن « من طلب ابطال عقد بيع بدعوى أنه هبة محررة بعقد عرفى لا يجوز له — بعد أن سلم له خصمه بالبطلان متمسكا بوضع اليد بالمدة الطويلة وناقشه هو فى ذلك أن يبنى طعنه أمام محكمة النقض عــلى صورية هذا العقد (أولا) لان الصورية دفع جديد مغاير كل المغايرة لطلب البطلان بسبب شكل العقد ، فلاسبيل لطرحه لاول مرة أمام محكمة النقض ، وثانيا : لان هذا الدفع حتى ولو لم يكن جديافانه لا فائدة منه ما دام الحكم مبنيا على كون المطعون ضده كسب الملكية بوضع اليد المدة الطويلة » وقضت محكمة النقض بتاريخ ١٩٨٥/٤/١٨م — طعن رقم ٢١٢ لسنة ٥٢ ق بأن « الدفع بالصورية وعلى ماجرى به قضاء هذه المحكمة هو دفع موضوعى يجوز ابداؤه لاول مرة أمام محكمة الاستئناف » — أنظر السنهورى جـ ٣ بند ٦٢٥ ص ١٤٣٦ •

(3) أنظر السنهورى ، المرجع السابق ، بند ٦٢٥ ص ١٤٣٦ •

اثبات ذلك ، ويجوز للخصم أن يتمسك بالدفوع التى يتمسك بها قبل المدين [1] •

(ج) لا يقبل الطعن بالصورية الا ممن له مصلحة وفى حدود هـذه المصلحة [2] و لايشترط أن يكون بينه وبين طرف العقد رابطـة عقدية كحق مشترى العقار فى الطعن بصورية عقـد المشترى الآخر لذات العقار [3] •

(د) اما فيما يتعلق بالمحكمة المنقض بنظر دعوى الصورية فنطق فى هذا الشأن نصوص قانون المرافعات التى تحدد الاختصاص المكانى والنوعى للمحاكم •

---

(١) استئناف مختلط ٧ يونية سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٣١٦ .

(٢) قضت محكمة النقض فى حكمها الصادر ١٩٧٨/٦/١٢ — الطعن رقم ٧٥٦ لسنة ٤٥ ق بأنه « لما كان مناط التدخل فى الدعوى والطعن بصورية عقد لا يقبل الا ممن له مصلحة فيه وكانت دعوى صحة ونفاذ عقد البيع المطعون عليه بالصورية النسبية اقامها المطعون ضده على والدته البائعة — حال حياتها — أى فى وقت لم يكن قد ثبت فيه للطاعن صفته كوارث ولم تتوافر لديه المصلحة القانونية التى تجيز له طلب التدخل فى تلك الدعوى للطعن فى هذا العقد بالصورية — فان الحكم المطعون فيه الحكم المطعون فيه اذا استخلص من عدم تدخل الطعن فى تلك الدعوى دليلا على جدية طعنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون وشابه الفساد فى الاستدلال « — كما قضت محكمة النقض ايضا فى حكمها الصادر بتاريخ ١٩٦٢/٢/٨م — م نقض م — ١٣ — ٢١٥ « الطعن بصورية عقد لا يقبل الا ممن له مصلحة فيه وفى حدود هذه المصلحة ، فاذا كان المشترى الثانى قد طعن على العقد الصادر من نفس البائع الى المشترى الاول (عن أطيان من بينها الاطيان المباعة للمشترى الثانى) قاصدا اهدار هذا العقد فى خصوص القدر الذى اشتراه فان الحكم المطعون فيه اذا انتهى الى رفض دعوى صحة ونفاذ عقد المشترى الاول فيما زاد عن هذا القدر الذى اشتراه المشترى الثانى استنادا الى صورية العقد يكون قد خالف القـانون فى هـذا الخصوص » — وقضت محكمة النقض فى الطعن رقم ٥٣ سنة ١١ ق جلسة ١٩٤٢/٣/٢٦ بأنه « لا يقبل الطعن بصورية عقد ما لم يكن للطاعن مصلحة من وراء اسقاط العقد ، واذن فاذا كان المدعى عليه فى دعوى الصورية . قد وجه هو الاخر مطاعن الى العقد الذى يتمسك به المدعى . فانه يكون لزاما على المحكمة أن تنظر هذه المطاعن وتبحثها لكى تثبت من وجود مصلحة للمدعى ولا يصح منها ان تقبل الطعن بالصورية قضية مسلمة مع غض النظر فى قيمة عقده » .

انظر نقض مدنى بتاريخ ١٩٨٤/١١/٢٩م — طعن رقم ٢٨٨ لسنة ٥١ ق .

(٣) قضت محكمة النقض فى الطعن رقم ٤٩ سنة ١٦ من جلسة ١٩٤٧/٣/٢٠م بأن « الصورية فى العقد يصح التمسك بها لكل ذى مصلحة ولو لم تكن بينه وبين العاقدين رابطة عقدية ، وعلى ذلك يجوز الطعن من مشترى العقار بصورية العقد الصادر ببيع العقار ذاته من بائع آخر الى مشترى آخر » .

٥٧ـ طبيعة دعوى الصورية :

يرى البعض (١) أن دعوى الصورية تعتبر نوعا خاصا من الدعوى البوليصية (٢) ومضمون هذا الرأى كما ذكره لا رومبير (Layombire) « أنه اذا أدعى الدائن أن التصرف الصورى قصد به الغش والاضرار بحقوقه ، فانه فى هذه الحالة يكون له الحق برفع دعوى الصورية المباشرة باسمه لأنه يعمل فى هذه الحالة بمقتضى حق خاص به • ولكن اذا لم يدع الغش (Fraude) فليس له الا أن يرفع الدعوى غير المباشرة باسم المدين • ومن ثم يكون لدى الدائن ثلاث دعاوى : الدعوى البوليصية ، ودعوى الصورية ، الدعوى غير المباشرة » (٣) •

٥٨ـ مقارنة دعوى الصورية بالدعوى البوليصية والدعوى غير المباشرة :

ولكن الرأى السابق فيه خلط بين الدعويين لأن هذه الدعاوى ترد جميعها الى أصل واحد هو المبدأ العام الذى ينص على أن جميع أموال المدين ضامنة لالتزاماته وقد نص المشرع على هذا المبدأ فى المادة ٢٣٤ مدنى بقوله « ١ ـ أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه وجميع الدائنين متساوون فى هذا الضمان الا من كان له منهم حق التقدم طبقا للقانون •

---

(1) DEMOI ombe : Trité des contrats ou des Obligations Conventionnelles en general 16 e edition - p-235 paris 1879. Trité de doi et de la fraude.

ـ أنظر باداريد فى كتابه الغش والتدليس

ـ أنظر لارومبير فى كتابه الالتزامات علما وعملا المادة ١١٧٦ بند ٦٣ وأنظر حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر فى ١٨١٦/١/١٠ ، ١٨٧٨/١/٢١ سيرى ١٨٧٨ ـ ١ ـ ٣٦٤ •

(٢) الدعوى البوليصية : هى وسيلة وضعها المشرع المدنى تحت تصرف الدائن بغرض حمايته من تصرفات مدينة لتى قد يترتب عليها الاضرار به ، فاذا تصرف المدين بسوء نية تصرفا ترتب عليه الانتقاض من أموإله اضرار بدائنيه فان من حق هذا الدائن أن يطالب بعدم نفاذ هذا التصرف فى مواجهته ، وهى بالتالى ليست دعوى يرفعها الدائن يطلب بمقتضاها ابطال التصرف الذى أبرمه مدينه • بل قصد بها فقط عدم احتجاج المتصرف اليه فى مواجهة الدائن بالتصرف الذى أبرمه مع مدينه ـ فهى اذن دعوى عدم نفاذ وتصرف المدين قبل الدائنين • وقد نظمها المشرع المصرى فى المواد من (٢٣٧ ـ ٢٤٣ مدنى) ـ أنظر كتابنا فى النظرية العامة للالتزامات جـ ٢ أحكام الالتزامات ص٦٢ وما بعدها •

(٣) أنظر لارومبير ـ الالتزامات وعملا بند ٦٣ المادة ١١٧٦ بند ٦٣ •

فهذا الضمان العام يخول للدائن أن يراقب أموال المدين ما دخل منها فى ذمة المدين وما خرج ، حتى يأمن على ضمانه من أن ينقصه غش المدين أو تقصيره .

٥٩ــ **ففى الدعوى البوليصية**(١) : يدفع الدائن عن نفسه غش المدين اذا عمد هذا الى التصرف فى ماله اضرارا بحق الدائن فيطعن الدائن فى هذا التصرف ليجعله غير نافذ فى حقه فيعود المال الى الضمان العام تمهيدا للتنفيذ عليه فالدائن فى الدعوى البوليصية يطعن فى تصرف جدى صادر من المدين **ومن هنا نجد أن دعوى الصورية تختلف عن الدعوى البوليصية اختلافا جوهريا** : فنجد أن الطعن فى الدعوى الصورية مبنى على التصرف غير الجدى بما لازمه أن محل التصرف لم يخرج من ذمة مدينه الى الغير بعكس الطعن فى الدعوى البوليصيه الذى ينصب على تصرف جدى للمدين كما ذكرنا ، الأصل فيها أن المدين يقصد الاضرار بدائنيه بالاخلال بالضمان العام عن طريق اخراج العناصر الايجابية من ذمته المالية لأن القول بالتواطؤ أو الغش أو قصد الاضرار بالدائن وان ورد فى نطاق الدعوى البوليصية . الا أنه لا يفيد الصورية ، بل ان قصد الاضرار بالدائن أو التواطؤ قد يكون هو الدافع الى جدية التصرف أيضا من أوجه الاختلاف أن الدعوى البوليصية يشترط فيها أن يسبب التصرف اعسار المدين . أما الصورية فلا يشترط الاعسار ولكن يلزم

---

(١) **يشرط فى الدعوى البوليصية بواسطة الدائن (م ٢٣٧ مدنى ، م ٢٣٨ مدنى) :**
أن يكون حق الدائن مستحق الاداء (م ٢٣٧ مدنى) .
أن يكون تصرف المدين ضارا بالدائن (م ٢٣٧ مدنى) .
أن يكون حق الدائن سابقا فى وجوده على تصرف المدين المطعون فيه واثبات تاريخ نشوء الدين يرجع الى سبب نشوئه فاذا كان ناشئا من واقعة مادية فيكون اثبات تاريخ تحققها بكافة طرق الاثبات أما اذا كان ناشئا عن تصرف قانونى ثابتا فى ورقة عرفية فان القانون أعتد بها بالنسبة لاثبات تاريخ نشوء الدين فى الدعوى البوليصية (م ٣٩٥ مدنى) استثناءا من القاعدة التى تشترط للاعتداد بالورقة العرفية فى اثبات التاريخ أن تكون ثابتة التاريخ .
أن يكون التصرف المطعون فيه تصرفا قانونيا مفقرا ومعسرا للمدين ، كما يشترط فى التصرفات المعارضة المطعون فيها أن تنطوى على غش من المدين وأن يكون من صدر له التصرف على علم بهذا الغش (م ١/٢٣٨ مدنى) .

توافر المصلحة لرافع الدعوى كما ذكرنا ــ ولن تتحقق هذه المصلحة الا اذا كان المدين معسرا (١) •

ــ ويترتب على هذه الفوارق **أنه لا يجوز للدائن أن يتمسك بصورية التصرف بعد أن كان قد تمسك فى شأنه بالدعوى البوليصية لأن تمسكه** بهذه الدعوى ينطوى على اقراره بجديته ولذلك يجب عليه أن يتمسك أولا بالصورية فان فشل كان له أن يتمسك بعدم النفاذ أى بالبوليصية ولكن العكس غير جائز وان كان ليس ثمة ما يمنع من أن يتمسك بالامرين فى دعوى واحـــدة على سبيل الخيرة على أن يكون تمسكه بالصورية كطلب أصلى • وتمسكه بعدم النفاذ كطلب احتياطى (٢) •

٦٠ــ أما الدعوى غير المباشرة : (٣)

فيدفع الدائن عن نفسه نتائج تهاون المدين أو غشه اذا سكت هذا

---

(١) أنظر السنهورى جـ ٢ بند ٦٣٣ ص ١٤٤٨ وما بعدها •

(٢) جاء فى حكم محكمة النقض بتاريخ ٧٧/٥/٤ مجموعة المكتب الفنى الجزء الاول سنة ٢٨ ص ١١٢٥ بأنه حيث أن الملة فى وجوب أن يطمن الدائن بدعوى الصورية اولا حتى اذا أخفق فيها كان له أن ينمى بدعوى عدم نفاذ تصرف المدين أن الطمن فى الدعوى الاخيرة ابتداء يتضمن الاقرار بمعرفة التصرف بما لا يتفق مع الدفع بالصورية بعد ذلك بحيث يجوز للدائن أن يطمن فى تصرف مدينة بالصورية أولا ثم ينتقل ان هو اخفق فيها الى عدم النفاذ • لما كان ذلك وكان الثابت من الاطلاع على صحيفة الدعوى الابتدائية أن المطعون عليه استهلها بقوله ••••• غير أن المعلن اليه الطاعن ــ تعرض للطالب ــ المطعون عليه ــ فى استلام الحديقة مستحقة الذكر استلاما فعليا أنه مستأجر لها من السنديك بموجب عقد ايجار ثابت التاريخ فى ١٨/١١/١٩٧٠ ولما كان عقد الايجار سالف الذكر هو عقد صورى تحرر بين المعلن اليه السنديك اضرارا بالدائن ولم يثبت تاريخه الا بعد صدور الحكم بايقاع البيع على الطالب ••• « ثم أورد المطعون عليه بعد ذلك قوله أن اساس طلب الفرد أن عقد الايجار غير ثابت التاريخ قبل تسجيل التنبيه ومن ثم لا ينفذ فى حقه بالاضافة الى أنه عقد صورى فان مسلك المطعون عليه لا نم عن أنه قد أقر بجدية التصرف المقرون بالدفع بعدم نفاذه فى حقه وأنه اذا أخفق فى هذا الدفع عمد الى الطمن بالصورية بل الثابت أنه تمسك منذ البداية بعرض اسانيد الصورية وأدلته عليها ويكون النص على غير أساس » •

(٣) يشترط فى رفع الدعوى غير المباشرة بواسطة الدائن : ١ ــ أن يكون حق الدائن ثابتا ومحققا أى خاليا من النزاع ولا يشترط أن يكون حق مستحق الاداء تنفيذى أو معين المقدار ولا يشترط أن يكون سابقا على حق المدين لدى الغير ، ولا يشترط أن يكون حقه ثابتا بسند تنفيذى ٢ ــ يهمل المدين فى عدم استعمال حقه • ٣ ــ اعسار المدين أو المقصود هنا الاعسار الفعلى وليس القانونى ٤ ــ أن يدخل الدائن المدين خصمان فى الدعوى • ٥ ــ يجوز للدائن أن يستعمل باسم مدينة جميع حقوق المدين المالية فقط •

عن المطالبة بحقوقه لدى الغير • فيباشر الدائن بنفسه حقوق مدينة نيابة عنه بالدعوى غير المباشرة (٣) وبذلك يحافظ على الضمان العام تمهيدا للتنفيذ عليه بعد ذلك وتشابه الدعوى الصورية مع الدعوى الغير مباشرة فى هذا علاوة على أنه لا يشترط فيها أن يكون حق الدائن مستحق الاداء ، ولا أن يكون هذا الحق سابقا على التصرف الصادر من المدين • وتفيد الدعويين جميع الدائنين **ولكن أوجه الخلاف بينهما يمكن ايجازها على النحو التالى :**

— اذا طعن الدائن بالصورية فلا يكون فى حاجة الى اثبات اعسار المدين • أما اذا تمسك بالدعوى غير المباشرة نيابة عن مدينة وجب عليه أن يثبت أن المدين يصبح معسرا أو يزيد اعساره •

— اذا تمسك الدائن المستتر مما لا يجوز اثباته بغير الكتابة • أما اذا لجأ الدائن للدعوى غير المباشرة فقيمة التصرف المستتر هى التى تحدد وسيلة الاثبات فاذا زادت على عشرين جنيها فانه لا يجوز اثباته بغير الكتابة • أما اذا وقعت قيمة التصرف عن عشرين جنيها فيجوز الاثبات بكافة طرق الاثبات •

خلاصة القول أن الدعوى الصورية :

يدفع الدائن عن نفسه نتائج غش المدين أيضا اذا عمد هذا الى التظاهر بالتصرف فى ماله ليخرجه من الضمان العام بتصرف صورى فيطعن الدائن فى هذا التصرف بالصورية حتى يكشف حقيقته ، ويستبقى بذلك مال المدين فى ضمانه العام تمهيدا للتنفيذ عليه بحقه والأساس الذى يستند اليه الدائن فى رفع دعوى الصورية هو الضرر الذى يصيبه من تصرف المدين فى أمواله ، ويضاف الى ذلك أن

دعوى الصورية لم تكن الا دعوى تمهيدية لدعوى أخرى يباشرها الدائن للتنفيذ على أموال مدينه بحقه (1) •

٦١ــ تقادم دعوى الصورية :

ــ **بالنسبة لتقادم دعوى الصورية** فانها لا تسقط بالتقادم سواء رفعت من أحد طرفى العقد أو من الغير • لأن المطلوب فيها تقرير عدم وجود العقد الظاهر ، غير أنه اذا كانت الدعوى تتضمن دعوى أخرى فان ذلك لا يمنع من سريان التقادم بالنسبة للدعوى الأخرى • فلو طعن الورثة فى الهبة الصادرة من موثهم والمستترة فى صورة عقد بيع لم يرد التقادم على الطعن بصورية عقد البيع ولكنه يرد على ادعاء بطلان الهبة (2) •

ويعترض البعض على ذلك بأن للمدين حرية التصرف فى أمواله طالما أن هذا التصرف لم يؤد الى أعساره ، ولكن حقيقة الأمر فى الصورية أن المدين لم يتصرف فى ماله بل أنه قد تظاهر بأنه تصرف فى ماله ومن ثم كان الغرض من دعوى الصورية اثبات

---

(1) انظر السنهورى الوسيط جـ ٣ فقرة ٥٢٦ ص ١٢٢٧ وما بعدها طبعة ١٩٨٢م •

(٣) أنظر السنهورى الوسيط جـ ٣ بند ٦٢٧ • وقضت محكمة النقض بتاريخ ١٩٦٩/٣/٢٠م ــ م نقض م ــ ٢٠ ــ ٤٥٠ بأن « الدعوى بطلب بطلان عقد البيع على أساس انه يستر وصية وان وصفت بأنها دعوى بطلان الا أنها فى حقيقتها وبحسب المقصود منها انما هى دعوى بطلب تقرير صورية هذا العقد صورية نسبية بطريق التستر ، وهذه الدعوى لا تسقط بالتقادم لان ما يطلبه رافعها انما هو تحديد طبيعة التصرف الذى قصده العاقدان وترتيب الاثار القانونية التى يجب أن تترتب على النية الحقيقية لهما واعتبار العقد الظاهر لا وجود له ، وهذه حالة واقعية قائمة ومستمرة لاتزول بالتقادم فلا يمكن لذلك أن ينقلب العقد الصورى صحيحا مهما طال الزمن » • وقضت محكمة النقض المدنى بتاريخ ١٩٧٣/٤/١٠م سنة ٢٤ العدد الثانى ص ٥٧٧ بأنه لما كان الدفع ببطلان عقد البيع على أساس أنه يستر وصية وأن وصف بأنه دفع بالبطلان الا أنه فى حقيقته وبحسب المقصود منه ــ وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة ــ انما هو رفع بصورية هذا العقد صورية يسبية بطريق التستر لا يسقط بالتعاون ، لان ما يطلبه التمسك بهذا الدفع انما هو تحديد طبيعة التصرف الذى قصده العاقدان وترتيب الاثار القانونية التى يجب أن نترتب على النية الحقيقية لهما واعتبار العقد الظاهر لا وجود له ، وهذه جحالة واقعية قائمة ومستمرة لاتزول بالتقادم ، فلا يمكن لذلك أن ينقلب العقد الصورى صحيحا مهما طال الزمن » •

أن الدائن لم يتصرف فى أمواله ، ولم يخرج من الضمان العام تمهيدا للتنفيذ عليه [1] .

— رفع دعوى الصورية لا يترتب عليه وقف التقادم . لانه لا ينقطع تقادم الدين الدين الثابت بسند تنفيذى الا بالتنبيه الـذى يصدر من الدائن الذى بيده السند التنفيذى لمدينة أو بالحجز عليه أو بالاقرار الذى يصدر من المدين بحق الدائن صريحا كان ذلك الاقرار أو ضمنيا ومن ثم فان ادعاء ذلك الدائن بصـورية عقد بيع صادر من مدينة لآخر ورفعه دعوى بطلب الحكم بهذه الصورية والقضاء بذلك لا يعتبر من الاعمال القاطعة للتقـادم بحسب القانون ولا يشفع فى اعتبار دعوى الصورية قاطعـة للتقادم القول بأنها ليست من قبيل الاجراءات التحفظية وأنها أقوى منها لأنها انما تمهد للتنفيذ . ذلك لأن دعوى الصورية شأنها كشأن باقى الدعاوى من الطرق التى قررها الشارع فى التقنين المدنى للمحافظة على الضمان العام للدائنين ولاصله لها بالطرق .. التنفيذية التى تكفل ببيانها قانون المرافعات ولايمكن اعتبارها مع التسليم بأنها تمهد للتنفيذ بمثابة التنبيه القـاطع للتقادم وهو ذلك التنبيه الذى نص عليه قانون المرافعات واعتبره من مقدمات التنفيذ ونتيجة لذلك فان عـدم دفع تلك الدعـوى لايمكن اعتباره اقرارا ضمنيا قاطعا للتقادم [2] .

ويمكن القول أن الصورية وان كانت تتفق مع الدعوى البوليصية فى الهدف الذى تسعى الى تحقيقه وهو المحافظة على الضمان العام الا أنها تختلف عنها من حيث الشروط وطرق الاثبات .

وبعد أن تناولنا بيان مفهوم دعوى وشروطها وطبيعتها نتناول اثبات الصورية بحسب ما اذا كانت الدعوى مرفوعة من أحد الطرفين أو ممثل له ضد الطرف الآخر أو الغير أو كانت مرفوعة من الغير ضد أحد طرفيها . وذلك فى مطلبين على النحو التالى :

---

(١) أنظر د. أحمد مرزوق المرجع السابق ص ٣٩١ بند ٢٦٤ .
(٢) نقض مدنى جلسة ١٩٥٨/٣/١٣م السنة ٩ ص ١٨٧ .

المطلب الأول

اثبـــات الصـــورية

اذا كانت مرفوعة من أحد أطرافها أو ممثل له

٦٢ـ تعريف الاثبات :

فى الاصطلاح : يقصد بالاثبات قانونا اقامة الدليل أمام القضاء بالطريقة التى يحددها القانون على وجود حق متنازع فيه نظرا لمـا يترتب عليه من آثار قانونية (١) ٠

ـــ أما الاثبات فى معناه التاريخى : فيختلف عن معناه القانونى حيث يتمتع فيه الباحث بحرية تامة فى حين أن القاضى ، لا يعتمد فى تكوين رأيه فى الدعوى الا على ما يقدم له من أدلـــة اثبات فى الدعوى المنظورة أمامه (٢) ٠

٦٣ـ هذا ولم يضع المشرع المصرى قواعد خاصة لاثبات الصورية فيما بين المتعاقدين أو خلفهما العام ، بل تخضع الصورية فى مجال اثباتها بين المتعاقدين وخلفهما العام الى القواعد العامة فى الاثبات (٣) ٠

---

(١) انظر د/حسام الاهوانى شرح قانون الاثبات ص ٣ طبعة ١٠٨٢ ، ايظر كتابنا شرح قانون الاثبات المصرى ص ١ ٠

(٢) انظر كتابيا فى شرح قانون الأثبات المصرى ١ ٠

(٣) قضت محكمة النقض فى الطعن رقم ٤٤٣ سنة ٣٦ ق جلســة ١٩٧٢/٣/١٦ س ٢٣ ص ٢٤٢ بأن « اثبات صورية التصرف فيما بين المتعاقدين وورثتهم لايكون الا طبقا للقواعد العامة ، فلا يجوز لهم اثبات صورية العقد الثابت بالكتابه بغـــير الكتابة » ــ يخضع تنظيم الاثبات فى مصر حاليا لاحكام القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ م ويتحدد نطاق قانون الاثبات بالحقوق المالية ، أما الحقوق غير المالية كالحضانة أو ثبوت النسب مثلا فانها تخضع لقواعد خاصة تنص عليها القوانين الموضوعية التى تنظم علاقات الاسرة (قوانين الاحوال الشخصية) ٠

٦٤ـ وعلى ذلك اذا **كان العقد الصورى ثابتــا بالكتابة فانه** يجب على المتعاقد الذى يدعى الصورية أن يثبت الصورية بالكتابة [(١)] .

وذلك تطبيقا لنص المادة ١/٦١ من قانون الاثبات « لا يجــوز الاثبات بشهادة ولو لم تزد القيمة على عشرين جنيها فيما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه دليل كتابى » [(٢)] .

ـ ولكن التساؤل الذى يثور هنا « اذ لم يستطع مدعى الصورية اثباتها بالكتابة تطبيقا لنص المادة السابقة فهل لا يستطيع اثباتها بأى طريق آخر من طرق الاثبات ؟

---

(١) **قضت محكمة النقض** فى الطعن رقم ٦ سـنة ١٢ ق جلسـة ١٩٤٢/٦/١٨ م بأنه « اذا كان المستأجر يطعن فى عقد الايجار بالصورية والمؤجر يدفع بعـدم جواز الاثبـات بغير الكتابة فلا يجوز للمحكمة ـ ما دام الايجار ثابتا بالكتابة ولا يوجد لدى المستأجر دليل كتابى على دعواه ـ أن تقضى بصورية العقد بناء على مجرد القرائن والا كان قضـاؤها باطـلا لاستناده الى دليل غير جائز الاخذ به فى الدعوى « ـ **كما قضت محكمة النقض فى الطعن رقم** ١٤١ سنة ١٧ ق جلسة ١٩٤٩/١/٦ م بأنه « متى كان الحكم مؤسسا على عـدم جواز اثبات صورية العقد بالبينة والقرائن ـ لقيام دعوى الصورية بين المتعاقدين ـ فلا يعيبه عـدم تحدثه عن القرائن المسوقة فى سبيل اثبات الصورية ، كما لا يعيبه أن يكون تحدثه عن بعضها غير سائغ ـ كما قضت فى الطعن رقم ٣٣١ سنة ٤٣ ق جلسة ١٩٧٦/١٢/٢١م س ٢٧ ص ١٨٠١ = = بأن « مفاد نص المادة ١/٢٤٤ من القانون المدنى أن لدائنى المتعـاقدين وللخلف الخـاص أن يثبتوا بكافة الطرق صورية العقد الذى أضربهم ـ أما المتعاقدان فلا يجوز لهما أثبات ما يخالف ما اشتمل عليه العقد المكتوب الا بالكتابة ـ والطعن على عقد البيع بأنه يستر وصيه ولم يدفع فيه أى ثمن هو طعن بالصورية النسبية بطريق التستر . ومتى كان العقد المطعون عليه بهذه الصورية مكتوبا فانه لايجوز لأى من عاقديه أن يثبت هذه الصورية الا بالكتابة وذلك عملا بنص المادة ١/٦١ من قانون الأثبات . ولا يصح قياس هذه الحالة على حالة الوارث الذى يجوز له اثبات طعنه على العقد بأنه يخفى وصية بجميع الطرق لأن الوارث لا يستمد حقه فى الطعن فى هذه الحالة من المورث وانما من القانون مباشرة على أساس أن التصرف قـد صـدر اضرار بحقـه فى الارث فيكون تحايلا على القـانون » .

(٢) يشترط لاعمال قاعده عدم جواز الاثبات بالشـهادة فيما يخـالف او يجـاوز الكتـابة : **أن توجـد كتـابة أعـدت للاثبـات** : أى يوجـد دليـل كتـابى كامـلا كالمحـرر الرسمى أو العرفى الموقع عليه ، **أن يكون التصرف بالكتابة تصرفا مدنيا** :لأن هذه القاعدة لاتسرى الا بصدد التصرفات المدنية دون التجارية التى لا تخضع لهذه القاعدة ، **أن يكون المراد ـ اثباته يخـالف أو يجاوز ما اشتمل عليه هذا الدليل الكتابى** : ويشترط ايضا الا يكون هناك غش أو تحـايل على القانون ـ انظر فى ذلك د اسماعيل غانم أحكام الالتزام والاثبات ص ٤٩٥ وما بعدهـا ـ د السنهورى الوجيز فقرة ٧١١ وما بعدها ـ د حسام الاهوانى شرح قانون الاثبات المصرى ص ٩٥ وما بعدها ط ٨٢ وانظر كتابنا شرح قانون الاثبات المصرى ص ٦٣ وما بعدها .

— ان مدعى الصورية اذا لم يستطع اثباتها بالكتابة فانه لا يكون امامه سوى استجواب خصمه أو توجيه اليمين الي (١) •

٦٥— والقاعدة السابقة ليست على اطلاقها حيث ترد عليها استثناءات اذا ما توافر احداها **يستطيع مدعى الصورية أن يثبت بشهادة الشهود** فيما يجب اثباته بالكتابة وهذه الاستثناءات نص عليها المشرع فى المواد ٦٢ ، ٦٣ اثبات •

فنص المادة ٦٢ من قانون الاثبات على أنه « يجوز الاثبات بشهادة الشهود فيما كان يجب اثباته بالكتابة ان وجد مبدأ ثبوت بالكتابة ، ، والكتابة تصدر من الخصم ويكون من شأنها أن تجعل وجود التصرف المدعى قريب الاحتمال تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة » •

ونص فى المادة ٦٣ من قانون الاثبات على أنه « يجوز كذلك الاثبات بشهادة الشهود فيما كان يجب اثباته بدليل كتابى :

(أ) اذا وجد ما نع مادى أو أدبى يحول دون الحصول على دليل كتابى •

(ب) اذا فقد الدائن سنده الكتابى بسبب أجنبى لايدله فيه •

ومن النصوص السابقة نستخلص الحالات التى يمكن للمتعاقدين اثبات الصورية معها بكافة طرق الاثبات وخاصة شهادة الشهود **ويضاف الى الحالات السابقة المستثناه من القاعدة حالة وجود الغش أو التحايل على القانون فى عقد الصورية** فيحق لطرف العقد الصورى اثبات الصورية فيها بكافة طرق الاثبات وقد أجمع الفقه (٢) ،

---

(١) انظر د سليمان مرقس أصول الاثبات ص ٢١١ •

(٢) انظر د السنهورى جـ٢ فقرة ٢٠٤ — د سليمان مرقس أصول الاثبات ط ثانية فقرة ٢٠٥ د عبد المنعم فرج الصده الاثبات فى المواد المدنية ط ثانية فقرة ١٨٢ •

والقضاء [1] على هذا بالرغم من عدم ورود هذا الشرط فى المادة ٦٢/أ حيث أجاز المشرع استثناءا كما سنرى فيما بعد الاثبات بالشهادة وفى حالة وجود مانع حال دون الحصول على دليل كتابى ، ومن الممكن القول بأن التحايل على القانون مما يدخل فى عموم هذا النص اذ أن من تم التحايل لمصلحته لن يرتضى أن يقدم للطرف الآخر أو لخلفه العام ورقة مكتوبة على التحايل .

ومن أمثة التحايل والغش فى الصورية بين المتعاقدين أن .. تكون حقيقة العقد هبه دفع اليها باعث غير مشروع كما لو وهب شخص لسيده مالا معينا وذكر فى سند الهبة أن سببها مجازاة الموهب لها على خدمة مشروعه أدتها اليه ، ويكون السبب الحقيقى هو الرغبة فى اقامة علاقة غير مشروعه . ومن ذلك أيضا أن يكون سبب الدين قمار ويكتب السند أنه قرض أو أن يخفى القرض ربا فاحشا .

---

(1) قضت محكمة النقض فى حكمها الصادر فى جلسة ١٩٣٥/٤/١٨ م فى الطعن رقم ٨٧ سنة ٤ ق بأن « صورية البيع التدليسية تثبت بالقرائن من كل من مسه هذا التدليس ولو كان طرفا فى العقد فاذا توافرت القرائن المثبته للتدليس والاحتيال على استصدار هذا العقد صوريا واقتضت محكمة الموضوع مع ذلك ممن صدر منه العقد وجود مبدأ ثبوت بالكتابة كما تتحقق الصورية التى يقول بهـا كان حـكمها خاطئا وجـاز لمحكمة النقض عند نقضهـا الحكم ان نستخلص = ثبوت هذه الصورية التدليسيه من الأوراق والتحقيقـات التى كانت معروضه على محكمـة الموضوع » ـ كما قضت محكمة النقض فى الطعن رقم ٤٠ سنة ٧ ق بجلسة ١٩٣٧/١/١٨ بأنه « ليس من الضرورى فى كل الاحوال اقتضاء مبدأ بثبوت بالكتابة لاثبات صورية العقد . فاذا توافرت القرائن على وجود تدليس واحتيال عند صورية العقد فهـذه صورية تدليسية لا يقتضى اثباتها ضرورة وجود مبدأ ثبوت بالكتابة وانما يجوز اثباتها بالقرائن فى حق كل من مسه التدليس ، سواء أكان طرفا فى العقد أم لم يكن . وعلى ذلك اذا دفع بصورية عقـد وأحالت محكمة الدرجة الاولى الدعوى الى التحقيق لاثبات الصورية ثم جاءت محكمة الاستئناف فالغت هـذا الحكم بمقولة أن القانون يمنع اثبات صورية العقد بالقرائن اذا كان الدين مكتوبا دون أن ـ تبين الصورية المدعاه ونوعها تدليسية هى أم غير تدليسية . والدلائل المقدمة من المدعى التى أذنب فى تحقيقها الى غير ذلك من العناصر الواقعية التى تتمكن بها محكمة النقض من مراقبة صحة تطبيق القانون على وقائع الدعوى فهذا الحكم يكون مشوبا بالقصور ومتعبا نقضه » .

أو أخفاء الرهن وراء البيع بقصد التوصل الى تملك الأطيان بغير اتخاذ الاجراءات التنفيذية وبثمن بخس (١) •

ففى الحالات السابقة يحق لأى من المتعاقدين الذى تم التحايل ضد مصلحته (٢) أن يثبت الصورية بكافة طرق الاثبات لانها تتضمن مانعا حال دون الحصول على ورقة ضد (٣) • وهى تدخل فى عموم نص المادة (٦٢/أ اثبات) اذ المتعاقد الذى تم التحايل لمصلحته كما ذكرنا لن يرتضى أن يقدم للطرف الآخر أو لخلفه العام ورقة مكتوبة للكشف على هذا التحايل (٤) •

وعلى ذلك اذا كان هناك تحايل أو غش نحو القانون بين المتعاقدين فى العقد الصورى ولم يكن هناك مانع يحول دون الحصول على ورقة ضد (٥) • كأن يكون قد قصد بالتحايل تحقيق مصلحتهما معا — كما لو طلب البائع من المشترى دفع ثمن أكبر من الثمن المذكور فى

---

(١) قضت محكمة النقض فى الطعن رقم ١٢ سنة ١٤ ق فى جلسة ١٩٤٤/٥/٢٥ بأنه لايقدح فى الحكم أنه قد أجاز اثبات الصورية بين المتعاقدين بغير الكتابة مادام أن اخفاء الرهن وراء بيع وفاء هو غش وتحايل على القانون للتوصل الى تملك الأطيان بغير اتخاذ الاجراءات التنفيذية وبزمن بخس والصورية التى يكون هذا هو الغرض منها جائز اثباتها بين المتعاقدين بطرق الاثبات كافة بما فيها البينة والقرائن » •

(٢) قضت محكمة النقض بتاريخ ١٩٨٤/١١/٢٩م — طعن رقم ٢٩٩ لسنة ٥١ ق بأن « من المقرر فى قضاء هذه المحكمة ان اجازة اثبات العقد المستتر فيما بين عاقديه بالبينه فى حالة الاحتيال على القانون مقصورا على من كان الاحتيال موجها ضد مصلحته ، واذا كان عقد البيع الظاهر الصادر من الطاعنة الى المطعون عليها زوجة ابنها ثابتا بالكتابة فلا يجوز لهذه البائعة أن تثبت بغير الكتابة ان هذا العقد يخفى تصرفا آخر قصد به الاحتيال على قواعد الأرث لايجوز من عاقديه أن يثبت هذه الصورية الا بالكتابة وذلك عملا بنص المادة ١/٦١ من قانون الاثبات » •

(٣) انظر د أحمد نشأت فى رسالة الاثبات — طبعة خامسة فقرة ٤١٤ •

(٤) انظر د اسماعيل غانم المرجع السابق بند ٨٩ ص ٢٠١ وما بعدها •

(٥) قضت محكمة النقض فى الطعن رقم ١٠٠ سنة ٢١ ق فى جلسة ١٩٥٣/١٢/٢٤م بأنه « متى كانت المحكمة اذ قررت أنه لايجوز لأحد المتعاقدين اثبات صورية العقد الثابت بالكتابة الا بالكتابة قد استخلصت فى حدود سلطتها الموضوعية السابقة التى أوردتها انتفاء المانع الأدبى • فان الذى قررته هو صحيح القانون » •

العقد لان الثمن الذى ذكر فى العقد كان القصد منه انقاص رسوم التسجيل — فلا يجوز فى هذه الحالة اثبات حقيقة الثمن الا بالكتابة [1]

— علاوة على الحالة السابقة والتى يجوز اثبات الصورية فيها بين المتعاقدين بكافة طرق الاثبات نجد أن نصوص المادتين ٦١ ، ٦٢ من قانون الاثبات المصرى ذكرت ثلاث حالات أخرى يجوز فيها الاثبات بكافة الطرق ومنها شهادة الشهود فيما كان يجب اثباته بالكتابة :

٦٦— مبدأ الثبوت بالكتابة : يقصد بمبدأ الثبوت بالكتابة وجود ورقة مكتوبة ، صادرة من الخصم الذى يحتج عليه بها بخط يده دون أن يوقع عليها ، ويكون من شأن هذه الورقة أن تجعل ما يدعيه المدعى قريب الاحتمال كأن يقوم المدين ببيع أمواله الى شخص آخر بيعا صوريا تهربا من دائنيه ويأخذ من المشترى ورقة ضد مكتوبه بخط يد المشترى دون أن يوقع عليها • فورقة الضد هنا تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة بحق بمقتضاها للبائع المدعى أن يكملها بشهادة الشهود أو القرائن أو أحد هذين الدليلين (م ٦٢ اثبات) [2] •

---

(١) أنظر د. اسماعيل غانم بند ٨٩ ص ٢٠٤/٢٠١ — أنظر السنهورى ، الوسيط ، ج ٢ ص ١٤٠٩ هامش ١ .

(٢) قضت محكمة النقض فى الطعن رقم ٧٣ سنة ٤ ق جلسة ٣٥/٣/٢٨ بأنه « اذا رفعت الدعوى بموجب سند اقر فيه المدعى عليه بقبضة مبلغا على سبيل الامانة ، ثم دفع المدعى عليه الدعوى بصورية هذاالسند قائلا ان قيمته هى مجموع مبالغ دفعتها له المدعية عن استحقاق فى وقت هى ناظرة عليه وأن زوج المدعية ووكيلها طلبا اليه أن يحرر السند المرفوع به الدعوى ويقدم تاريخه ويذكر فيه أنه امانة ، وذلك لصلحة زوجته المدعية فى دعوى مرفوعة عليها من بعض اخواتها وانه فى نظيرهذا يرد له ايصالات المبالغ المذكورة ، وقد استند المدعى عليه فى دفعه هذا الى تلك الايصالات المعترف بها من المدعية والمؤشر عليها من زوجها ووكيلها بما يفيد سبق وجودها لديه واستردادها منها . **ومحكمة النقض رأت أن لا مخالفة للقانون اذا اعتبرت محكمة الموضوع هذه الايصالات مبدأ ثبوت بالكتابة تجيز تكمله الدليل على الصورية بالبينة والقرائن فيما بين المتعاقدين ، لان الايصالات وان كانت صادرة من المدعى عليها الا أنها معترف بها من المدعية ومؤشرا عليها من وكيلها بما جعل ثبوت المدعى به قريب الاحتمال فى نظر المحكمة »**. كما قضت محكمة النقض فى الطعن رقم ٢١١ سنة٣٨ ق جلسة ١٩٧٣/٥/٢٢م س ٢٤ ص ٧٩٩ بأنه وان كان صحيحا أن الصورية لا تثبت بين المتعاقدين الا بالكتابة الا أن المشرع قد أجاز الاثبات بالبينة فيما كان يجب اثباته بالكتابة ، اذا وجد مبدأ ثبوت الكتابة ومتى تعزز هذا المبدأ بالبينة أو القرائن فانه يقوم مقام الدليل الكتابى الكامل فى الاثبات « — **أانظر أحكام محكمة النقض الفرنسية** الصادر فى ١٨ سيرى ١٨٣٦ — ١ ٣٧ ، ١٦ نوفمبر ١٨٥٩ سيرى ١٨٦٠ — ١ — ٢٦٦ ، ٢٥ يناير ١٨٧١(سيرى ١٨٧١ — ٢ — ٢٦٤ .

٦٧ـ وجود مانع من الحصول على دليل كتابى [1] :

نصت المادة ٦٢/أ من قانون الاثبات على هذا الاستثناء فاذا وجد المانع الذى يحول دون الحصول على الدليل الكتابى سواء كان هذا المانع ماديا ــ حيث ينشأ التصرف فى ظروف لم يكن لذى الشأن فيها فسحه من الوقت أو وسيلة للحصول على دليل كتابى [2] وتعتبر الوديعة الاضطرارية (Dépotnecessaire) أظهر تطبيق له وهى التى يقوم بها المودع فى أثناء الكوارث العامة كالحرائق والفيضانات والثورات أو الاضطرابات السياسية ليجعل الشىء المودع فى تأمين من الخطر الذى يحيط به [3] • دون أن يتمكن من الحصول ما يثبت ذلك من المودع لديه •

أو أدبيـــــــا :

ومن صورها وفقا لأحكام القضاء • الزوجية ، والقرابة ، علاقة الخدمة ، والعرف المتبع فى بعض المهن [4] •

ومثال ذلك : بيع الرجل لزوجته عقاره هربا من الدين ، أو أن يكتب الأب لابنه جزءا من أطيانه لترشيحه للعمدية ، وقل أن يأخذ الرجل على زوجته أو على أبنه عقدا بصورية التصرف • ففى هذه الحالات يحق لمدعى الصورية من المتعاقدين أن يثبتها بكافة طرق الاثبات [5] •

---

(١) أنظر د. جمال زكى النظرية العامة للالتزامات بند ٦٩٠ ــ د. اسماعيل غانم المرجع السابق بند ٣٢٧ ــ د. السنهورى فى الوجيز فقرة ٧١٧ ــ د. حسام الاهوانى ص ١١١ وما بعدها ــ د. سليمان مرقص المرجع السابق بند ٢٣٥ د. عبد المنعم فرج الصده ص ٢٦١ وما بعدها .

(٢) مجموعة الاعمال التحضيرية جـ ٣ ص ٤١٢/٤١٣ .

(٣) أنظر د. جمال زكى بند ٦٩٠ .

(٤) أنظر د. عبد الرازق فرج جـ ٢ فقرة ٢٣٦ .

(٥) قضت محكمة النقض فى الطعن رقم ٦٤ سنة ١٥ مدنى جلسة ١٩٤٦/٤/١١ بأنه اذا أقامت محكمة الاستئناف حكمها بجواز اثبات الصورية بالبينة على اعتبارين احدهما : ما قالت به محكمة الدرجة الاولى وهو اعتبار الابوة ما نعه من الحصول على كتابة مثبتة للصورية والاخر هو اعتبار ظروف تحرير السند وحدها بقطع النظر عن علاقة الأبوة ــ ما نعه من الحصول على هذه الكتابة فلا تعارض بين هذين الاعتبارين ومن ثم لاتهاتر فى أسباب الحكم » .

٦٨ـ فقد الدليل الكتابى :

نصت المادة ٢/٦٢ اثبات على هذه الحالة بقولها « أنه يجوز كذلك الاثبات بشهادة الشهود فيما كان يجب اثباته بدليل كتابى اذا فقد الدائن سنده الكتابى بسبب أجنبى لابد له منه » •

ومن هذا النص نجد أن المشرع أجاز أن يثبت دعواه بالبينة ما كان يجب اثباته بالكتابة فى حالة فقد السند بسبب أجنبى لايد له فيه وليس بخطأ من جانبه • ويلاحظ أن المادة لم تذكر سوى الدائن ، ولكن من المسلم أن حكمها عام التطبيق سواء أكان من فقد السند الكتابى هو الدائن بأن فقد السند المثبت للالتزام ، أو المدين بأن فقد المخالصة المثبتة للوفاء أو فى حالة أحد المتعاقدين فى العقد الصورى اذا فقد ورقة الضد ففى هذه الحالة يحق له اثبات الصورية بكافة طرق الاثبات ، وعلى المدعى أولا : أن يثبت سبق وجود الدليل الكتابى مستوفيا لشرائطه القانونية ، ويثبت كذلك مضمون ما يدعيه ، وعليه ثانيا : أن يثبت أن السند الكتابى (الصورى) قد فقد بسبب أجنبى لايد له فيه فاذا توافر الشرطان جاز لمدعى الصورية اثبات التصرف الصورى المدعى به بالبينة ولو كانت قيمته تزيد عن عشرين جنيها أو غير محدد أو كان القانون ينص خاص يستلزم الكتابة لاثباته ، أو كان هذا الاثبات مخالفة أو مجاوزة للثابت كتابة •

٦٩ـ أما بخصوص الخلف العام للمتعاقدين كورثتهم أو الموصى لهم له بحصة معينة من امجالى التركة فان القاعدة العامة بالنسبة لهم أنهم لا يملكون فى اثبات الصورية أكثر مما يملك مورثهم (١) •

---

(١) قضت محكمة النقض فى الطعن رقم ١٦٤ سنة ١٧ ق جلسة ١٩٤٩/٣/٢٤ بأن « الوارث خلف عام لمورثه لا يستطيع أن يسلك فى الاثبات سبيلا ما كان لمورث من شأنه ان يقلل نصيب الوارث فى التركة اذا هذا الاقلال لا يعتبر اضرارا بحق للوارث يصبح معه الوارث من الغير بالنسبة للتصرف الصادر من المورث ، فحق الوارث فى التركة لا ينشأ الا بوفاة مورثة . وعلى ذلك فالحكم الذى يقرر بأنه لا يجوز لوارث الراهن أن يثبت بكل طرق الاثبات فى مواجهة المرتهن صورية عقد الرهن ، بحجة أن الصورية لا تثبت بين العاقدين الا بالكتابة لا يكون مخطأ فى تطبيق القانون » ـ أنظر نقض رقم ٤٤٣ سنة ٣٦ ق جلسة ١٩٧٢/٣/١٦ س ٢٣ ص ٤٢٤ .

وبالتالى ما ينطبق على العاقدين فى مجال اثبات الصورية ينطبق على خلفهما العام •

٧٠ـ ولكن التساؤل الذى يثور هنا • هل نفس القاعدة السابقة تنطبق بالنسبة للخلف العام اذا كان التصرف الذى أجراه العاقدان فيه اضرار بالورثة كوصية تزيد على الثلث فى صورة عقد بيع مثلا ؟

ان الاجابة على هذا التساؤل تدعونا الى القول بأن الوارث هنا يستمد حقه بعد وفاة المورث م نالقانون ، وليس من تصرفات المورث نفسه • وبالتالى فان تصرف المورث هنا يكون بقصد الغش والتحايل على القانون • الأمر الذى يصح معه اثباته بكافة طرق الاثبات • وعلى ذلك يكون من حق الورثة فى هذه الحالة أن يثبتوا صورية هذه التصرفات بكافة طرق الاثبات بما فى ذلك البينة والقرائن لا لأنهم من الغير بل لأن هناك غش واحتيال على قانون الارث يصح اثباته بكافة طرق الاثبات [1] •

ـ **وقد ترفع الدعوى من أحد المتعاقدين ضد الغير** وخاصة واذا كان الغير سىء النية واراد أحد طرفى الصورية أن يثبت الصورية ضده فانه يجب اثبات الصورية ضد هذا الغير بالكتابة ، ولكن فى حالة الغش والتحايل على القانون فان لطرفى الصورية أن يثبتا الصورية ضد الغير بجميع طرق الاثبات بما فى ذلك البيئة والقرائن[2] •

---

(١) قضت محكمة النقض تاريخ ١٩٧٣/٢/١٧م س ٢٤ ص ٢٦٦ بأنه « الوارث الذى يطعن فى تسرف صادر من مورثه فى صورة بيع منجز لان حقيقته وصية وأنه قصد به الاحتيال على قواعد الارث المقررة شرعا اضرارا بحقه ، يجوز له اثبات طعنه بكافة طرق الاثبات لان الوارث لا يستمد حقه فى الطعن فى هذه الحالة من المورث وانما من القانون مباشرة ، ويعتبر من الغير فيما يختص بهذا التصوف » •

(٢) أنظر رسالة بول جلاسون فى نظرية الصورية ص ١٣١ •

ولمحكمة الموضوع كامل السلطة فى أن تقرر ما اذا كان العقد صوريا أو جديا ، لان هذا أمر موضوعى ولا رقابة لمحكمة النقض عليه ما دام أن الدليل الذى أستند اليه أو الذى أخذ به مقبولا قانونا [1] .

المطلب الثـــانى

اثبـــات الصـــــورية اذا كانت الدعوى مرفوعة من الغير ضد أحـــــد العاقــــدين

تمهيـــــد :

٧١ــ المقصود بالغير فى الصورية :

يقصد بالغير فى معنى الصورية فوق الخلف الخاص والدائنين (م٢٤٤/١مدنى) من لم يكن طرفها فى العقد أو خلفا عاما لأحد طرفيه [2]

(١) قضتمحكمة النقض بتاريخ ١٩٨٣/٢/١٧م فى الطعن رقم ٦٨٩ لسنة ٤٨ ق بأنه المقرر فى قضاء هذه المحكمة ــ ان لقاضى الموضوع مطلق السلطة فى تقدير الادلة التى يأخذ بها فى ثبوت الصورية أو نفيها ولا رقابة عليه فى ذلك ما دام الدليل الذى أخذ به مقبولا قانونا » ــ أنظر نقض ١٩٨٤/٢/٦ ــ سنة ٥٣ ق » .

(٢) قضت محكمة النقض فى الطعن رقم ٧٧٩ سنة ٤٣ ق جلسة ٧٨/١/١٧ س ٢٩ ص ٢١٨ بأن « الغير بالمعنى الذى نقصده المادة ٢٤٤ من القانون المدنى هو من يكسب حقه بسبب يغاير التصرف التصورى ، ولما كان الحكم المطعون فيه قد انتهى كما سلف القول الى أن الطاعنـــة كانتأحد طرفى الاجراءات التى تمت بالتواطؤ بينهما وبين المطعون عليه الثانى والتى انتهت الى ايقاع البيع عليها باضرار بالطعون عليها الاولى ، فان الطاعنة بذلك لا تعتبر من طبقة الغير فى معنى المادة ٢٤٤ مدنى « قضت محكمة النقض تاريخ ١٩٨١/١/٢٩ الطعن رقم ٤٨٩ سنة ٤٥ ق بأن « الغير بالمعنى الذى تقصده المادة ٢٤٤ من للقانون المدنى هو من يكسب حقه بسبب يغاير التصرف الصورى . فيجوز لمن يكسب من البائع حقا على المبيع كمشتر ثان أن يتمسك بصورة البيع الصادر من سلفه صورية مطلة ليزيل جميع العوائق القائمة فى سبيل تحقيق أثر عقده ولو كان العقد المطعون فيه مسجلا ، فالتسجيل لا يكفى وحده لنقل الملكية بل يجب أن يرد على عقد جدى . فالمشترى بصفته دائنا للبائع فى الالتزامات المترتبة على عقد البيع الصادر له أو يتمسك بالصورية أيا كان الباعث عليهــا ، وهذا المشـــترى يعتبر من الغير فى أحـــكام الصورية بالنسبة الى التصرف الصورى الصادر من البائع الى مشترى آخر له وفقا لصريح نص المادة ٢٤٤ من القانون المدنى أن يثبت صورية العقد الذى أضر به بطرق الاثبات كافة » .

أى هــو من يكسب حقــه بسبب يغـــاير التصرف الصـــورى ومن ثم يعتبر مدين أحد الطرفين من طبقة الغير (١) • كما لو أحال دائنه حقه حوالة صورية •

كما يعتبر الشفيع من طبقة الغير (٢) وعلى ذلك يجوز الطعن من مشتر العقار بصورية العقد الصادر ببيع العقار ذاته من بائع آخر الى مشتر آخر •

ـــ ونصت المادة ١/٢٤٤ مدنى على أنه « اذا ابرم عقد صورى فلدائنى المتعاقدين وللخلف العام ، متى كانوا حسنى النيـــة أن يتمسكوا بالعقد الصورى كما أن لهم أن يتمسكوا بالعقد المستتر ويثبتوا بجميع الوسائل صورية العقدالذى أضر بهم •

ومفاد نص المادة ٢٤٤ مدنى أن للغير الذى يدعى صورية العقد الحق فى أن يثبت صورية هذا العقد بكافة طرق الاثبات بما فيهـــا شهادة الشهود والقرائن (٣) •

---

(١) نقض مدنى ١٩٧٥/١٢/٩ ـــ م نقض م ـــ ١٦ ـــ ١٢٢٣ • أنظر د• اسماعيل غانم المرجع السابق بند ٩٠ ـــ د• سليمان مرقس المرجع السابق بند ٦٩٨ ـــ د• أنور سلطان ، المرجع السابق ص ١٧١•

(٢) نقض ١٩٧٥/١١/٢٧ ـــ م نقض م ٢٦ ـــ ١٥١٥ بأن الشفيع بحكم كونه صاحب حق فى أخذ العقار بالشفعة ، ولا يحتج عليه الا بالعقد الظاهر متى كان حسن النية « وقضت أيضا محكمة النقض بتاريخ ١٩٨٤/١/٢٤ طعن رقم ٤٨٧ لسنة ٥١ ق بأن « الشفيع يعتبر من طبقة الغير بالنسبة لعقد البيع سبب الشفعة فلا يحتج عليه الا بالعقد الظاهر دون المستتر وكان الطاعن لم يدع علم الشفيعين بأن عقد البيع سبب الأخذ بالشفعة يستر هبة ، فلا على محكمة الموضوع أن هى لم تجب طلب الطاعن احالة الدعوى الى خبير أو الى التحقيق لاثبات العقد المستتر الذى آدعاه وأيا كان وجه الرأى فى السبب الذى بررت به رفضها لهذا الطلب ما دامت النتيجة التى انتهت اليها بالاعتداد بالعقد الظاهر فى شأن طلب الاخذ بالشفعة تتفق وصحيح القانون » ـــ أنظر د• اسماعيل غانم المرجع السابق بند ٩٠ ـــ د• سليمان مرقس بند ٦٩٨ ـــ د• السنهورى ج ٢ ٦٢١ حيث يرى أن الغير فى معنى الصورية يقتصر على الخلف بشرط أن يكون حسن النية غير عالم بصورية العقد الظاهر وقت اظهار رغبته • لمـــا كان ذلك الخاص والدائنين فقط ومن ثم لا يعتبر الشفيع أو المدين المحال عليه من طبقة الغير ـــ « راجع فى هذاالمعنىنفسه د• جمال زكى بند ٤١٩ ـــ أما الدكتور أحمد مرزوق فى رسالته بند ١٤٣ فهو وان حصر المقصود بالغير فى الخلف الخاص والدائنين • الا أنه يصل الى ذات نتيجة الرأى الاول اذا أوضح أن الاجانب عن العقد تحميهم قاعدة نسبية أثر العقود ويصرح فى البند ١٥٣ بأن الشفيع من الغير » •

(٣) قضت محكمة النقض فى الطعن رقم ٢٠٦ سنة ١٧ ق جلسة ١٩٤٩/١٢/٢٩ بأنه « للغير أن يثبت الصورية بجميع طرق الاثبات ومنها القرائن وتعتبر القرائن من الامور الموضوعية التى لارقابة عليها لمحكمة النقض متى كان هذا التقدير سائغا » •

ولقد أعطى المشرع الغير الحق فى اثبات الصورية بكافة الطرق لأن الصورية النسبية له تعتبر واقعة مادية لا تصرفا قانونيا • لأنه لم نكن لارادته دورا فى انشائها • فيجوز اثباتها بجميع طرق الاثبات بما فيها شهادة الشهود والقرائن (1) •

---

(1) قضت محكمة النقض بتاريخ ١٩٨٥/٦/٢٣ الطعن رقم ٩٧٩ لسنة ٥٢ ق بأنه « من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن للغير أن يثبت الصورية بجميع طرق الاثبات ومنها القرائن ، وتقدير القرائن من الامور الموضوعية التى لا رقابة لمحكمة النقض عليها متى كان هذا التقدير سائغا ولا تعارض بين أن يكون المشترى فى حالة تمكنه من دفع الثمن وأن يكون الشراء الحاصل منه صوريا اذ لا تلازم بين حالة الاعسار وصورية العقد » . وقضت فى الطعن رقم ٢١١ سنة ١٨ ق جلسة ١٩٥٠/١٠/٢٦ « **ومن القرائن القانونية على الصورية : ما نصت عليه** نصوص القانون المدنى « **الوصية** » فى المادة ٩١٦ ، ٩١٧ فنص فى المادة ٩١٦ مدنى على أن « ١ — كل عمل قانونى يصدر من شخص فى **مرض الموت** ، ويكون مقصودا به التبرع يعتبر تصرفا مضافا الى ما بعد الموت وتسرى عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التى تعطى لهذا التصرف . ٢ — وعلى ورثة من تصرف أن **يثبتوا أن** العمل القانونى قد صدر عن مورثهم وهو فى مرض الموت ، ولهم اثبات ذلك بجميع **الطرق** ، ولا يحتج على الورثة أن التصرف اذا لم يكن هذا التاريخ ثابتا . ٣ — واذا أثبت الورثة أن التصرف صدر من مورثهم فى مرض الموت أعتبر التصرف صادرا على سبيل التبرع ، ما لم يثبت من صدر له التصرف عكس ذلك ، كل هذا ما لم توجد أحكام خاصة تخالفه » — **ونص فى المادة ٩١٧ مدنى** على أنه « اذا تصرف شخص لاحد ورثته واحتفظ بأية طريقة كانت بحيازة العين التى تصرف فيها ، وبحقه فى الانتفاع بها مدى الحياة اعتبر التصرف مضافا الى ما بعد الموت ، وتسرى عليه أحكام الوصية ما لم يقم دليل يخالف ذلك **ففى المادة الاولى** : وضع الشارع قرينة قانونية ، ولكنها قرينة غير قاطعة على أن التصرف الذى يصدر من شخص « **فى مرض الموت** » يعتبر وصية مستترة تحت ستار تصرف آخر . فما على الورثة الا أن يثبتوا أن العمل القانونى قد صدر من مورثهم فى مرض الموت حتى تقوم قرينة على أن هناك وصية مستترة تحت ستار هذا التصرف لاتنفذ الا فى حدود الثلث بمجرد أن يثبتوا أن التصرف قد صدر من مورثهم فى مرض الموت . والمرض واقعة مادية يمكن اثباتها بكافة طرق الاثبات .

أما فى المادة الثانية : وضع المشرع فى هذه المادة قرينة قانونية على أن التصرف الصادر لأحد الورثة من مورث يحتفظ بحيازة العين وبحقه فى الانتفاع مدى حياته بأن هذا التصرف صورى وأنه يستر وصية تسرى عليه أحكام الوصية فحسب الورثة فى هذه الحالة اثبات أن التصرف صادر لاحدهم من مورثهم الذى احتفظ بحيازة العين وبحقه فى الانتفاع مدى حياته حتى يعتبر هذا التصرف صوريا ساترا لوصية لاتنفذ فى حقهم الا حدود الثلث .

أنظر فى مجال التعليق على هاتين المادتين د. أحمد مرزوق المرجع السابق ص ٤٨٦ ، ٤٩٨ . الصورية فى ضوء الفقه والقضاء للمستشار عز الدين الدناصورى ، د. عبد الحميد الشواربى ص ١١٩ طبعة ١٩٨٦م .

— **أيضا من القرائن على الصورية** أن يشترى أب باسم ابنه عينا حارما أبنيه الاخرين ولم يثبت أن للابن المشترى مالا خاصا (استئناف مختلط ١٥ يناير سنة ١٩٣١ م ص ٤٣ ص ١٥٥ — وأن يصدر البيع عقب اعلان الدائن مدينة للبائع ويتصرف المشترى بعد ذلك مباشرة فى العين المبيعة (استئناف مختلط ١٩ ابريل سنة ١٩٠٢م ١٤ ص ٢٢٠ . أنظر د. عبد الرازق السنهورى المرجع السابق بند ٦٣٠ .

المبحث الثـــانى

اثبـــات الحيل فى الفقـــه الاســـــلامى

٧٢ــ لم يضع الفقه الاسلامى قواعد خاصة لاثبات دعوى الحيل بل أخضع اثبات الحيل الى طرق الاثبات العامة الشرعية ، وقبل أن نتنـاول تلك القواعد بالشرح والبيان يلزم أن نلقى الضوء على مفهـوم الدعوى القضائية فى الفقه الاسلامى ، وخاصة أنها الوسيلة الى اثبات الحيلة أمام القاضى . على أن نتبعها ببيان طرق الاثبـات الشرعية والتى تخضع لها الحيلة فى الاثبات .

٧٣ــ مفهوم الدعوى الشرعية :

الدعوى فى اللغة : بفتح الواو وكسرها وهذا يشمل الدعوى الى الله بمعنى الدعاء وطلب الحاجة منه سبحانه ، كما يشمل دعوى الشىء أى ادعاؤه بمعنى ملكيته أو نسبته سواء نوزع فيه أو لم ينازع (1) .

ــ **أيضا من القرائن القانونية فى عبء اثبات سبب العقد** ما نص عليه المشرع فى المادة ١٣٧ مدنى على أنه « ١ ــ كل التزام لم يذكر له سبب فى العقد يفترض أن له سببا مشروعا ما لم يقم الدليل على غير ذلك . ٢ ــ ويعتبر السبب المذكور فى العقد هو السبب الحقيقى حتى حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك فاذا أقام الدليل على صورية السبب فعلى من يدعى للالتزام سببا آخر مشروعا أن يثبت ما يدعيه » والنص السابق يوضح لنا حالتين :

الاولى : عدم ذكر ، سبب العقد فى المحرر الكتابى : وفيــه وضع المشـــرع قرينة قانونية بسيطة يفترض بمقتضاها سببا مشروعا للعقد ويقع عبء اثبات أن للعقد سببا غير مشروعا على المدين فاذا تمكن من ذلك بكافة طرق الاثبات بطل العقد بشرط أن يكون السبب غير المشروع معلوما لطرفى العقد .

الثانية : أن يذكر طرفى العقد السبب فى المحرر المكتوب . وفيه وضع المشرع قرينة قانونية بسيطة وهى أن السبب المذكور هو السبب الحقيقى وعبء اثبات صورية السبب أو عـــدم مشروعية يقع على المدين فليس له اثبات صورية السبب الا بالكتابة وهنا ينتقل عبء الاثبات الى الطرف الاخر . اما اذا اتجه الى اثبات عدم مشروعية السبب فله اثبات ذلك بكافة طرق الاثبات على أساس أن الامر يتعلق بعمل مخالف للنظام العام أو الاداب ــ كما أكرنا . أنظر نقض مدنى بتاريخ ١٩٦٢/١٢/٢٧م السنة الثانية عشر ص ١٢١٤ ــ نقض مدنى جلسة ١٩٧١/٦/٢٤م ، السنة ٢٢ ص ٨٢٧ .

(1) أنظر المصباح المنير مادة (دعاء ص ٨٩ .

أما تعريف الدعوى شرعا :

فهى اخبار عن وجوب حق على غيره عند حاكم يصح حكمه [(١)] فهذا الاخبار الذى أخبر به المخبر كان السبب الشرعى الذى مكنه من مجلس الحاكم والقضاء ليحكم له القاضى بما يدعيه •

— **أما بالنسبة لوسائل الاثبا تالشرعية** ، والتى من خلالها يمكن اثبات الحيل فنجد أن طرق الاثبات الشرعية التى يعتمد عليها القاضى فى بناء حكمه القضائى للقضايا التى يطرحها الخصوم أمامه للحكم فيها وانهاء النزاع بينهم هى : الاقرار والبينة واليمين ، واليمين المردودة ، النكول عنها •

وقبل أن نتناول تلك الطرق بالبيان ، وموقف الفقه الاسلامى منها يجب أن نعرف الاثبات •

تعريف الاثبات :

لغة : هو انه التثبت والحجة ، [(٢)] أما اصطلاحا : فاستعمل الفقهاء الاثبات بمعناه اللغوى وهو اقامة الحجة ، ورغم هذا الاستعمال فانه قد يطلق الاثبات على معنيين :

أحدهما : عام : وهو اقامة الحجة مطلقا — سواء أكان ذلك على حق أم على واقعه وسواء أكان أمام القاضى أم أمام غيره وسواء أكان عند التنازع أم قبله حتى اطلقوه على توثيق الحق وتأييده وعند انشاء الحقوق والديون ، وعلى كتابة المحاضر والسجلات والدعاوى عند الكاتب العدل [(٣)] •

وعرفة الجرجانى [(٤)] بمعناه بأنه « اقامة الحجة أمام القضاء بالطرق التى حددتها الشريعة على حق أو واقعة ترتب عليها آثار [(٥)] •

---

(١) أنظر أصول المرافعات الشرعية لانور العمرسى ص ٢٠٧ ، عيون الازهار ص ٤١٩ ، والاختيار ج ٢ ص ١٥١ ، المغنى لابن قدامة ص ٢٧١ — مغنى المحتاج للخطيبص ٤٦١ — حاشية الدسوقى ص١٤٣ •

(٢) القاموس المحيط ج ١ ص ١٤٥/١٤٤ — المصباح المنير ج ١ ص ٨٨ مختار الصحاح ص ٨٢/٨١ ٨ •

(٣) أنظر المصباح المنير ص ٨٨ •

(٤) أنظر التعريفات للجرجانى ص ٤ •

(٥) موسوعة الفقه الاسلامى ج ٢ ص ١١٦ •

٧٤ـ والاثبات فى الفقه الاسلامى له شروط عديدة هى :

(أ) **أن يكون الاثبات فى مجلس القضاء :** والهدف من هذا الشرط أن المقصود من الاثبات الحكم بموجبه ، والحكم لا يعتبر الا اذا صدر فى مجلس القضاء (١) وعلى ذلك اذا أقيم الاثبات خارج مجلس القضاء فلا يحصل به المقصود ولا ينقطع به الخصومة الا اذا تعذر الاثبات فى مجلس القضاء عن طريق ندب نائب القاضى لسماع أقوال الشهود أو المقر ، وهذا الشرط لا يجوز الاتفاق على ما يخالفه (٢) .

(ب) **أن يكون الاثبات منتجا فى الدعوى :** أى يكون له فائدة فى اثبات الحق وصدور الحكم والزام الخصوم به (٣) .

(جـ) **أن يستند الاثبات الى العلم وغلبة الظن :** بمعنى أن الاثبات يجب أن يكون قائما على أساس قويم وسند قوى بأن يكون مبنيا على علم بمحل الاثبات أو على ظن قوى يقرب من العلم واليقين (٤) .

(د) **أن يكون الاثبات موافقا للعقل أو للشرع أو للحس أو لظاهر الحـــال :**

فاذا خالف الاثبات احدها فلا يعتبر (٥) .

(هـ) **أن يوافق الاثبات الدعوى :**

أى يجب أن يكون مطابقا لها لينتج أثره فى الحكم ويكون

---

(١) أنظر رد المحتار جـ ٥ ص ٤٦٢ ـ كشاف القناع جـ ٤ ص ٣٤٣ ـ المحلى جـ ٩ ص٣٩٦ .

(٢) أنظر جامع الفضولية جـ ٢ ص ١٤٣/١٤٢ ـ الدار المختار جـ ٥ ص ٥٤٨ .

(٣) أنظر المهذب للشيرازى جـ ٢ ص ٣١٣ ـ قال الشافعى رضى الله عنه « اذا أقام المدعى بينه أن هذه الدار كانت فى يده أمس لم أقبل هذه البينة لانه قد يكون فى يده ماليس له الا أن يقيم بينه أنه أخذها منه » .

(٤) أنظر أعلام الموقعين جـ ٤ ص ١٧٣ ـ المغنى جـ ٩ ص ١٥٨ ، بدائع الصنائع جـ ٦ ص ٢٧٧ .

(٥) أنظر المبسوط للسرخسى جـ ١١٧ ص ١٥٦ ـ كشاف القناع جـ ٤ ص ٥٠٣ .

محل الاثبات والمدعى به واحدا فان خالف الاثبات الدعوى فلا يقبل لعدم توافر الربط فيهما (١) •

(و) أن يسبق الاثبات الدعوى :

لأن المقصود من الاثبات اظهار الحق وتوكيده لشخص على آخر فلا يصح تقديمه الا بطلب المدعى صاحب الحق وهذا يستلزم اقامة الدعوى امام القضاء للفصل فيها (٢) •

(س) أن يكون الاثبات بالطرق التى حددها الشرع :

أى يجب أن يكون الاثبات بالطرق التى حددها الشارع بالنص أو الاجتهاد أو الاستنباط من الادلة التفصيلية أما اذا كانت بغير ذلك فلا يجوز ولا يكون صالحا من الناحية الشرعية•

— تلك هى الشروط التى يتطلبها الفقه الاسلامى فى واقعة الاثبات واذا رجعنا اليها نجد أنها تنطبق مع الشروط التى أوردها المشرع الوضعى فى الواقعة القانونية المراد أثباتها •

— أما بالنسبة لطرق الاثبا تالشرعية التى أوردها الشارع فانه لم يفرق بصددها بين طرفى التعاقد أو الغير فان الحيلة يمكن اثباتها بأى طريقة من الطرق التى ذكرها الفقه الاسلامى ، بعكس المشرع الوضعى الذى قيد طرق الاثبا تبين طرفى الصورية بعكس الغير •

٧٥— طرق الاثبات الشرعية :

حدد الشارع طرق الاثبات الشرعية بالاقرار ، والشهادة واليمين ، والكتابة والقرائن والخبرة • ولابد أن يكون الاثبات بأحدى هذه الطرق التى حددها الشارع بالنص وهى لاتختلف كثيرا عن طرق الاثبات فى القانون المدنى كما ذكرنا •

(١) تبيين الحقائق للزيلعى ج ٤ ص ٢٢٩ •

(٢) مغنى المحتاج للشربينى ج ٤ ص ٤٨٤ ، رد المحتار لابن عابدين ج ٥ ص ٤٤٢ •

ونتناول كل طريقة من تلك الطرق بالتعريف بشيء من الايجاز على الوجه الآتى :

أولا : الاقـــرار :

لغة [1] يطلق على معان منها الثبوت ، والاعتراف وعدم الانكار لان الاقرار من مقر اذا ثبت ومعنى ذلك الاعتراف وترك الانكار مأخوذ من قولهم فى اللغة : استقر فلان بهذا المكان بمعنى أنه توقف فيه ولم يرتحل عنه ومن قولهم قر الماء أى انتهى الى هذا المكان واستقر جريانه منه .

أما فى الاصطلاح : هو اخبار من يصح اخباره بحق لغيره عليه [2] .

ثانيا : شهادة الشهود :

لغة [3] تعنى معان منها الاطلاع على الشيء ومعاينته فتقول شهدت الشيء بمعنى اطلعت عليه وعاينته فأنا شاهد والجمع اشهاد وشهود واشهد فلانا على كذا وشهدت على الرجل بكذا أو شهدت له به بمعنى الاطلاع والمعاينة فى الجميع .

أما الاصطلاح : فتعنى « أنها خبر قاطع بما شاهد الانسان وعاين بنفسه أو بما علم واستفاض من طريق غيره [4] .

— والاشهاد على الحقوق والعقود أصلا مستحب وغير واجب عند جمهور الفقهاء الا فى عقود وردت على سبيل الاستثناء

(1) أنظر المصباح المنير مادة (قر) ص ٦٨/٦٧ — السراج ص ٢٤٥ ، ولغات التنبيه على التنبيه ص ١٥٦ .

(2) أنظر الاختيار ج ٢ ص ١٧٧ — المحلى ج ٨ ص ٢٥٠ ورقم ١٣٧٧ وما بعدها والبحر الزفار ج ٦ص ٣ .

(3) المصباح المنير مادة (شهد) ج. ١ ص ١٤٧ وما بعدها — والنظم المستعذب ج ٢ ص ٣٢٣ .

(4) أنظر المهذب ج ٢ ص ٣٢٣ — عيون الازهار ص ٤٣٥ — والسراج ص ٦٠٣ والاختيار ج ٢ ص ١٩٣ — ومغنى المحتاج ص ٤٣٦ ج ٤ — الاصول القضائية فى المرافعات الشرعية للاستاذ على قراعة ص ٧٢٧ .

والحصر وهى النكاح ، والرجعة فاذا تمت بدون هذه الشهادة كانت عقودها فاسدة وما ترتب عليها فاسدا أو باطل .

وماعدا ذلك من العقود كالبيع والاجارة والرهن والشركة والمداينات وغيرها لا يجب الاشهاد عليه عند الجمهور بل هو مستحب فقط ومندوب (1) .

ثالثا : اليميـــــن :

هو « حلف لاثبات الواقعة المتنازع عليها أو لنفيها تؤدى من الخصم الذى وجهت اليه بالصيغة التى تقررها المحكمة . ولابد أن تكون هذه الصيغة شرعية (2) .

— وقد استند الفقه فى مشروعية اليمين كوسيلة من وسائل الاثبات على قول الله تعالى « وينبؤنك أحق هو قل أى وربى أنه لحق » (3) والى قوله صلى الله عليه وسلم « لو يعطى الناس بدعواهم لادعى ناس دماء رجال وأموالهم ولكن اليمين على المدعى » وفى رواية البيهقى ، ولكن البينه على المدعى واليمين على من أنكر » (4) .

وعن ابن عباس رضى الله عنهما أن النبى صلى الله عليـــه وسلم قضى باليمين على المدعى عليه (5) .

---

(1) المهذب ج ٢ ص ٣٢٣ وما بعدها — ومغنى المحتاج ج ٤ ص ٤٢٦ .

(2) والصيغة الشرعية أن يحلف الحالف : بالله أو يقسم به أو يشهد عليه كأن يقول « أحلف بالله أو أقسم به أو أشهد الله على كذا ، أنظر المصباح المنير ج ٢ ص ١٤٨ ومجموعة القوانين الاسلامية ص ١٣٢ .

(3) سورة يونس الاية رقم ٥٣ .

(4) رواه البخارى وسلم — أنظر صحيح البخارى بشرح السندى ج ٣ ص ٥٢ سنة أبى داود ج ٢ ص ٢٧٩ — نيل الاوطار ج ٨ ص ٣١٦ .

(5) صحيح مسلم بشرح النووى ج ١٢ ص ٣ — سنة النسائى ج ٨ ص ٢١٨ .

— هذا وعند الاثبات باليمين يقبلها الطرف الذى وجهت اليه أو بردها الى خصمه ليحلفها هو بالصيغة التى تقرها المحكمة وهو ما يطلق عليه بـ ـــــرد •

— وقد يمتنع الخصم الذى وجهت اليه اليمين عن حلفهـا الواجب عليه شرعا دون أن يردها على خصمه فى الاحوال التى يجوز فيها الرد وهو ما يطلق عليه بالنكول (١) •

رابعا : القرينــــة :

القرينة القاطعة : هى ما علم من الامارات ودلائل الحال المصاحبة للواقعة المراد اثباتها بحيث يقطع المستدل بأن هذه الامارات هى سبب العلم اليقينى الذى حصل عنده فى هـذه الواقعة بالذات بدون تردد ولا احتمال •

والقرائن القاطعة نوعان :

(أ) قرائن قاطعة شرعيـــة :

لا تقبل اثبات العكس بحيث تغنى من قررت لمصلحته عن أى دليل آخر • كقرينة الولد للفراش ، والصيغة فى صحة العقد ، والقصاص بأن القتل كان عمدا عدوانا (٢) •

(ب) قرائن قاطعة قضائيـــة :

وهى ما تستنبطه المحكمة من الامور الواقعة التى تدل على صور الحال كخروج شخص من دار وبيده سكين تقطر دما مع وجود قتيل فى تلك الدار ليس بها غيره (٣) •

---

(١) أنظر مجموعة القوانين الاسلامية ص ١٣٢ — أنظر المجلى ج ١٠ ص ٥٢٧ •
(٢) م ١٧٠ من قانون الاثبات اليمنى رقم ٩٠ لسنة ١٩٧٦م •
(٣) م ١٧٠ من قانون الاثبات اليمنى رقم ٩٠ لسنة ١٩٧٦م •

خامسا : المعاينـــــة :

أن النظر للامور المحسوسة التى تحكم مشاهدتها والحكم عليها من الوسائل التى تفيد فى الحكم القضائى • لانه قـــد يكون لهذه المعاينة من الاثر ما يزيل الشك والمغوض الذى قد يكون عائقا أو مانعا فى الحكم والقضاء [1] •

سادسا : الاستعانة بالخبـــــراء :

وللمحكمة أيضا فى مجا لالاثبات أن تستعين فى المســـائل الفنية كمسائ لالطب والهندسة • والحساب وغيره بالخبراء المتخصصين فى تلك المجالات الامر الذى يزيل الغموض فى المسائل المعروضه على القاضى •

تلك هى وسائل الاثبات الشرعية التى أقرها فقهاء الشريعة الاسلامية والتى بواسطتها يمكن لاطراف الدعوى أن يلجأوا اليها لاثبات الحيل ولم يضع الفقه الاسلامى ترتيبا معينـــا بالنسبة لتلك الوسائل فيمكن للمدعى أن يلجأ الى أى وسيلة من تلك الوسائل بعكس الفقه الوضعى كما ذكرنا •

---

(١) أنظر نظرية الدعوى والاثبات فى الفقه الاسلامى د. نص فريد واصل طبعة ١٩٧٩ م ص ١٥٢ .

المبحث الثـــالث

مقارنة اثبات الصورية فى القانون

المدنى والفقه الاسلامى

٧٦ــ عند مقارنة طرق اثبات الصورية فى القانون المدنى بمثيلاتها فى الفقه الاسلامى نجد أن بينهما أوجه اتفاق وأوجه اختلاف :

أوجـــه الاتفـــاق :

تظهر لنا فى أن طرق أو وسائل الاثبات التى أتى بها المشرع المدنى لاثبات الصورية وهى :

« الكتابة ، شهادة الشهود ، القرائن وحجية الامر المقضى به ، الاقرار واستجواب الخصوم ، اليمين ، والمعاينة ، والخبرة • لاتخرج عن نفس الطرق الذى قررها الفقه الاسلامى ــ لاثبات الحيل ــ ومن ذلك نجد أن المشرع المدنى اتفق مع الفقه الاسلامى فى الوسائل التى يمكن اللجوء اليها لاثبات الصورية فى القانون المدنى وما يقابلها فى الفقه الاسلامى وهى الحيل •

أما أوجه الاختلاف :

فتظهر فى أن المشرع المدنى حدد طرق الاثبات التى يستطيع أن يلجأ اليها كل من أطراف الصورية • محدد طرقا معينة كما ذكرنـــا يستطيع أطراف الصورية أن يلجأ اليها لاثباتها دون سواها • وهى الكتابة فقط • أما بالنسبة للغير فلهم أن يثبتوا الصورية بكافة طرق الاثبات التى نص عليها المشرع المدنى فى القانون رقم ٢٥ لســنة ١٩٦٨م •

أما الفقه الاسلامى فلم يقيد أطراف الصورية (الحيل) بخصوص وسائل الاثبات التى يستطيعون اللجوء اليها لاثبات الصورية كما فعل المشرع المدنى بل ذهب الفقه الاسلامى الى القول بأن الصورية يمكن اثباتها بكافة الطرق دون النظر الى شخص من يريد اثباتهـا ولا فرق فى ذلك بين أطراف الصورية وبين الغير فيمكن لاى منهم أن يلجأ الى أى وسيلة من الوسائل الذى ذكرها الفقه الاسلامى لاثبات الصورية •

ونحن نرى أن ما ذهب اليه الفقه الاسلامى بخصوص عدم التفرقة بين أطراف الصورية وبين الغير فى الوسائل التى يمكن كل منهما أن يلجأ اليها لاثبات الصورية لهو الراجح والاصح لان الصـــورية (الحيل) من الامور التى يصعب اثباتها ولهذا يجب عدم تقييد طرق اثباتها حتى يمكن لمدعيها أن يثبتها بأى طريقة من طرق الاثبات كما فعل الفقه الاسلامى •

الفصـــل الســـادس

آثار الصورية فى القانون المدنى وما يقابلها فى الفقه الاســــــلامى

٧٧ـ نتناول فى هذا الفصل آثار الصورية فى القانون المدنى وما يقابلها فى الفقه الاسلامى مع عقـد مقـارنة بينهما لبيان أوجـه الاتفاق والاختلاف بينهما •

المبحث الأول

آثار الصورية فى القانون المدنى [1]

٧٨ـ مقـــدمة :

ان الصورية تعنى اخفاء الحقيقة التى من شأنها أن تنشىء مركزا ظاهرا يخالف الحقيقة ولا يتفق مع الواقع من الأمر فهناك مركزان متناقضان ولهذا التناقض نتائج هامة ترجع الى صحة العقد سواء العقد الظاهر أو العقد المستتر •

٧٩ـ فالقاعـــدة :

التى أجمع عليها الفقه والقضاء [2] : أن الصورية ليست بذاتهـا سببا لبطلان العقد المستتر كما أنها ليست سببا فى صحة العقـد الظاهر » • فالصورية لا تصحح تصرفا باطلا لمخالفته للقانون أو

(١) أنظر د. السنهورى الوسيط ٢ ج ٣ بند ٦١٧ الى بند ٦٢٤ ـ د. اسماعيل غانم المرجع السابق بند ٧٨ الى بند ٩٣ ـ د. جمال زكى بند ٤١٧ ـ ٤١٩ د. سليمان مرقس بند ٦٩٧ ـ محمد عمران دروس فى آثار الالتزام ص ٩٣ وما بعدها ط ٨١/٨٠ ـ د. أنور سلطان فقرة ٨١ ص ٨٢ ـ د. محمد لبيب شنب فى أحكام الالتزام فقرة ٢٨١ ص ٣٣١ ط ٧٤ ـ د. جلال العدوى رابطة الالتزام ج ٢ ص ٥٧٤ ـ د. عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ١٠٦ .

(٢) أنظر د. اسماعيل غانم بند ٧٨ ـ د. السنهورى بند ٦١٩/٦١٨ وراجع فى تطور اختلاط الصورية بالغش د. جمال زكى بند ٤١٧ ـ د. سليمان مرقس بند ٦٩٧ .

لتعارضه مع النظام العام أو مساسه بالآداب (١) بل يقتصر أثرها في حالة الصورية المطلقة على اعتبار أن تصرفا لم يبرم بين الطرفين ؛ وفي حالة الصورية النسبية على الاعتداد بالتصرف الحقيقي فهو الذي يكون محل البحث من حيث شروط الانعقاد والصحة والنفاذ • فمثلا اذا أخفى المتعاقدان الهبة في صورة عقد بيع لم يكن ذلك سببا لبطلان تعاقدهما ، وانما ينحصر أثره في اجراء أحكام الهبة على التصرف دون أحكام البيع • وتكون العبرة اذن من حيث المشروعية والبطلان بالتصرف الحقيقي المستتر ؛ فاذا كان العقد الظاهر يخفي عقدا مخالفا للقانون كان هذا العقد الاخير باطلا ، ولكن هذا البطلان لا يرجع الى الصورية وانما يرجع الى انزال حكم القانون على العقد الحقيقي المستتر الذي اتجهت اليه ارادة العاقدين ؛ ولذلك فان البطلان لاينال العقد الحقيقي المستتر ما دام مشروعا (٢) •

٨٠ـ وقد ذهب رأي في الفقه (٣) الى القول بأن المبدأ السابق يشتمل على فرضين :

الاول : أن العقد الظاهر ليس له وجود قانوني :

وذلك استنادا الى أن التصرفات القانونية في الواقع لا توجد الا بارادة أطرافها • فالعقد الظاهر لم يرده المتعاقدان ولم يقصدا نتائجه القانونية وآثاره • على ذلك فهو عقد غير جدي ليس له من الوجود سوى أسمه (٤) •

---

(١) أنظر د. جمال زكي بند ٤١٨ وفي الفقه الفرنسي :
RIPERT et BOULANGER : TRAIé éléentaire de Droit Civil . De MARCEL, PLANIOL, 2e edition p. 589 Paris 1911 -
- DE, PAGE, Traite élémentair de Droit civil belge 2e. P. 623 édition Bruxelles 1948 - 1950 .

(٢) أنظر د. اسماعيل غانم بند ٧٨ — د. السنهوري بند ٦١٨/٦١٩ ، د. جمال زكي

(٣) أنظر د. أحمد مرزوق المرجع السابق بند ١٢٧ ص ١٨٤ وما بعدها .

(٤) أنظر د. أحمد مرزوق المرجع السابق بند ١٢٧ ص ١٨٤ طبعة ١٩٨٥ م •

— ولكن أرى أن القول بأن العقد الظاهر ليس له وجود قانونى استنادا الى فقدان ركن الرضا فهو قول مردود • لأن العقد الظاهر اكتملت أركان وجوده القانونية سواء من ناحية الرضاء والمحل والسبب • فالرضاء موجود فى هذا العقد • لان طرق التعبير عن الارادة متعددة منها التعبير باللفظ ، الكتابة والاشارة المتداولة عرفا ، كما يكون باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكا فى دلالته على حقيقة المقصود (م ٩٠ مدنى مصرى) — والعقد الظاهر قد عبر طرفاه عن رضاهم بمحتواه كتابة ولا عبرة هنا بالسرائر الكامنة فى النفس وعلى ذلك فالعقد الظاهر عقد موجود له آثاره القانونية الكاملة والدلالة على ذلك أيضا أن العقد الظاهر يعتد به المشرع بالنسبة للغير حسن النية الذى له حق التمسك به طبقا لنص المادة ٢٤٤ مدنى ولا يصح القول بأن آثار العقد صحيحة فى جانب الغير ومعدومة فى جانب أطرافه بل العكس أن أطراف العقد هم الاولى بتنفيذ آثار العقد وعلى ذلك فاما أن العقد صحيحا وبالتالى لا يصح معه القول بأن آثار العقد صحيحة بالنسبة للبعض وباطله بالنسبة للبعض الآخر استنادا الى معدومية القصد ، وكل ما فى الامر بالنسبة للعقد الظاهر الصحيح أن البعض يستطيع أن يتمسك بعدم نفاذ هذا العقد فى مواجتهم بالرغم من صحته وذلك ليس استنادا الى معدومية وبطلان العقد الظاهر ولكن راجعا الى ظروف أخرى خاصة بهم كالدائنون مثلا الذين لهم حق الدفاع عن أموال مدينهم باعتبارها الضمانَ العام لديونهم •

وخلاصة القول :

لا صحة لما قيل أن العقد الظاهر باطلا وليس له وجود قانونى استنادا الى انعدام الرضا لان الرضا موجود وقد عبر عنه أطراف العقد الظاهر فى العقد كتابة • ثانيا أن المشرع اعترف بالآثار القانونية لهذا العقد بالنسبة للغير حسن النية فكيف يتسنى مع ذلك القول ببطلان العقد الظاهر •

ثانيا : أن العقد المستتر له نفس القوة التى له لو أبرم سافرا :

— وهذا واضح من أن المشرع جعل الاعتداد بالعقد المستتر فيما بين المتعاقدين — كما سيظهر لنا عندما نتناول آثار الصورية بين عاقديها (٢٤٥ مدنى مصرى) .

— **ولكن القاعدة السابقة ليست صحيحة على اطلاقها** : فهنـــاك استثناءات على هذا المبدأ الذى ينص على أن الصورية ليست بذاتها سببا لبطلان العقد المستتر كما أنها ليست سببا فى صحة العقد الظاهر .

الاستثناء الاول :

جعل المشروع للصورية أثر فى تصحيح بعض العقـــود الباطلة بطلانا مطلقا ومنها الهبة (1) المستترة LAdonation deguisée عندما نص فى المادة ١/٤٨٨ مدنى على أن تكون الهبة بورقة رسمية والا وقعت باطلة ما لم تتم تحت ستار عقد آخر » .

والنص السابق يوضح لنا أن الصورية قامت بتصحيح العقد الباطل بطلانا مطلقا فنص على بطلان الهبة التى لا تعقد فى شكل ورقة رسمية الا اذا تمت تحت ستار عقد آخر فاذا قام المتعاقدان بستر عقد هبة فى صورة عقد بيع صورى فانها تصح ، ومعنى ذلك أن المشرع أجاز الغش بالقانون ، وبنصوصه الآمره المتعلقة بالنظام العام . وبالتالى قضى على الغرض المقصود من ضرورة وجـــود الشكلية فى عقد الهبة اذ يستطيع الواهب فى ظل هذا النص أن يخرج ما له كليا أو جزئيا فى لحظة دون تريث أو تأمل بما يحل به وبورثته من بعده من صنوف الحاجة والحرمان وذلك بالحيلة التى

---

(1) عرفت المادة ٤٨٦ مدنى الهبة بأنها « عقد يتصرف بمقتضاه الواهب فى مالل له دون عوض ويجوز للواهب دون أن يتجرد من نية التبرع أن يعرض على الموهوب له القيام بالتزام معين » .

أرشده اليها المشرع فى النص السابق فكيفية أن يستتر الهبة فى صورة عقد بيع فتكون صحيحة لمجرد تبادل ارادتين لان عقد البيع عقد رضائى وغير شكلى حتى بعد صدور قانون التسجيل لان التسجيل ليس ركنا أو شرطا لانعقاد العقد بل هو حكم من أحكام العقد (١) •

— ولكن أرى أن الرأى السابق ليس صحيحا على اطلاقه الا من الناحية الشكلية فقط • أما من الناحية الموضوعية فلا تنطبق أحكام عقد البيع بل التى تنطبق هى أحكام الهبة •

لان كل ما فى الامر أن عقد البيع الصورى الذى يستتر هبة لم يقم بجعل عقد الهبة سوى من الناحية الشكلية كما ذكرنا فقط • وذلك بالاعفاء من انعقاد الهبة بورقة رسمية اما من الناحية الموضوعية فان عقد البيع الظاهر لا تنطبق أحكامه بل تنطبق أحكام الهبة على هذا العقد عند اكتشاف صوريته (٢) •

ومعنى هذا أن الصورية لم تصحح عقد الهبة سوى من الناحية الشكلية باعفائه من الانعقاد بورقة رسمية أما من الناحية الموضوعية

---

(١) أنظر د. عبد الناصر العطار البداية فى شرح احكام عقد البيع ص ١٣٥ وأنظر رسالة (Bonnearrére) فى الصورية فى الهبات ص ٩٣ كلية الحقوق بليون حيث يقول :

en Raison dedonner que
Present les actes ates atetre gratuit Roit peur le Disposont soit
Pour safamille tois méme beur la

la saeiéte, le lagistateur a apporé a la faculté de disposer de nombreuses restrictios.

(٢) جاء بمذكرة المشروع التمهيدى للمادة ٢٤٥ مدنى بأن نية المتعاقدين تنصرف الى التقيد بالعقد المستتر فهو الجدير وحده بالاعتبار دون غيره • ومن التطبيقات العملية التى يمكن أن تساق فى هذا الشأن ، افراغ التعاقد فى شكل عقد آخر ، كالهبة فى صورة البيع ففى مثل هذا الغرض يصح العقد بوصفه هبة لا بيعا ، متى اجتمعت له شروط القيمة بهذا الوصف فيما عدا شرط الشكل استثناءا » .

لم تصحح الصورية عقد البيع الظاهرى بل تنطبق عليه أحكام عقد الهبة » [1] .

الاستثناء الثانى : أن اهمام شهر شركة التضامن أو شركة التوصية بنوعيها يترتب عليه البطلان اذ تنص المادة ٥١ من القانون التجارى على أنه يجب استيفاء هذه الاجراءات وهى اجراءات « الايداع واللصق والشهر) [2] و فىمدة خمسة عشر يوما من تاريخ وضع الامضاء على المشاركة وا لاكانت الشركة لاغية [3] • وعلى ذلك فان كل **ورقة ضد** (Contre eettrě) **تخالف عقد الشركة الظاهر وتناقضه فى شركة التضامن أو شركة التوصية بنوعيها فى القانون التجارى تكون باطلة حتى فيما بين المتعاقدين لان الشهر ركن** من أركان عقد الشركة الموضوعية وورقة الضد من خصائصها السرية والخفاء [4] •

وعلى ذلكنجد أن الصورية فى ذاتها سبب فى بطلان العقد المستتر فى شركات التضامن والتوصية بنوعيها فى القانون التجارى وهذا استثناءا من المبدأ العام القائل بأن الصورية ليست فى ذاتها سببا فى بطلان العقود فى القانون التجارى • أى أن الصورية ليست سببا فى بطلان ورقة الضد فى القانون التجارى الا فى أحوال استثنائية كما ذكرنا بالنسبة لشركات التضامن والتوصية بنوعيها •

٨١ــ وهناك بعض الصور للصورية فى القانون التجارى يمكن الاشارة اليها على النحو التالى :

---

(١) قضت محكمة النقض بتاريخ ١٩٧٢/٥/٢١م س ٢٢ ص ١١٤٢ بأنه « استقر قضاء هذه المحكمة فى ظل القانون المدنى على أنه اذا كان الثمن لم يذكر فى عقد البيع الا بصفة صورية فانالعقديصح بوصفه هبة مستترة فى صورة عقد بيع وأنه لا يتعارض مع تمييز التصرف فى أن يظل البائع واضعا يده على ما باعه أو أن يحتفظ لنفسه لمدى الحياة بحق الانتفاع » ــ أنظر نقض مدنىبتاريخ ١٩٨٥/٥/١٢م طعن رقم ٦٤ لسنة ٥٢ قضائية .

(٢) هذه الاجراءات نصت عليها المناد ٤٨ ، ٤٩ ، ٥٠ من القانون .. التجارى .

(٣) أنظر د. محسن شفيق الوسيط فى القانون التجارى ص ٣٧١ ط ١٩٥١م .

(٤) أنظر د. أحمد مرزوق المرجع السابق ص ١٩٨/١٩٧ .

٨٢ـ الصورية فى عقد الشركة :

ـــ بعد أن نصت المادة الاولى فى القانون رقم ١٥٧ لسنة ١٩٨١ (١) على الغاء القانون ١٤ لسنة ١٩٣٩م ونصت المادة ٢٨ منه على أنه « اذا ربطت الضريبة على شخص أو شركة وثبت أنه يعمل لحساب شخص آخر أو شركة أخرى بطريق الصورية أو التواطؤ للحصول على أية مزايا أو للتهرب من أية التزامات مقررة بمقتضى أحكام هذا القانون كان كلاهما الظاهر والحقيقى مسئولين بالتضامن عن سداد الضرائب المستحقة عن الارباح •

ويعتبر ممولا ظاهرا يعمل لحساب الممول الحقيقى المتنازل اليـــه عن المنشأة أو المنقول اليه ترخيصها اذا كانت تجمعه بالمتنازل أو صاحب الترخيص علاقة عمل أو كان التنازل أو نقل الترخيص بين الاصول والفروع القصر أو بين الازواج وفى جميع الاحوال يجوز لصاحب الشأن أن يثبت جدية التصرف » •

وبالنص السابق وضع المشرع حدا لما قد يتجه اليه الممولون من تكوين تلك الشركات بهدف تفتيت الضريبة أو الاعفاء أو الوصول الى حد الاعفاء فوضع قرينه بسيطة مقتضاها صورية الشركات التى من هذا النوع وأجاز لصاحب الشأن اثبات جدية الشركة (٢) •

ـــ نصت المادة ٢٠ من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١م على أنه « يحق للمالك عند قيام المستأجر فى الحالات التى يجوز له فيها بيع المتجر أو المصنع أو التنـــازل عن حق الانتفاع بالوحـــدة السكنية أو المؤجرة لغير أغراض السكنى الحصول على ٥٠٪ من ثمن البيع أو مقابل التنازل بحسب الاحوال بعد خصم قيمة المنقولات التى بالعين •

---

(١) قانون الضرائب على الدخل الصادر به القانون رقم ١٥٧ لسنة ١٩٨١م •

(٢) نقض مدنى بتاريخ ١٩٨١/١/٢٢م ـــ الطعن رقم ١٥١٨ لسنة ٤٨ ق ـــ نقض بتاريخ ١٩٨٤/٦/١١م ـــ الطعن رقم ٨٥١ لسنة ٥٠ ق •

— وعلى المستأجر قبل ابرام الاتفاق اعلان المالك على يد محضر بالثمن المعروض ويكون للمالك الحق فى الشراء اذا ابدى رغبته فى ذلك وأودع الثمن مخصوما منه نسبة الـ ٥٠٪ المشار اليها خزانة المحكمة الجزئية الواقع فى دائرتها العقار ايداعا مشروطا بالتنازل عن عقد الايجار وتسليم العين وذلك خلال شهر من تاريخ الاعلان .

وبانقضاء ذلك الاجل يجوز للمستأجر أن يبيع لغير المالك مع التزام المشترى بأن يؤدى للمالك مباشرة نسبة الـ ٥٠ ٪ المشار اليها » ومن صور الصورية فى هذه الحالة تحايل على هذا النص . فان المستأجر كثيرا ما يلجأ الى تكوين عقد شركة صورى بينه وبين الشخص الذى اتفق معه على أن يبيعه العين بالجدك . وذلك لكى يفلت من سداد نصيب المالك فى ثمن البيع ، ويقوم المتعاقدان باثبات عقد الشركة طبقا لما نص عليه القانون ويتخذا اجراءات شهرها . وبعد فترة معينة يحرر الطرفان عقد تخارج بمقتضاه يتخارج فيه المستأجر الاصلى ويظل الشريك الصورى وحده فى المحل .

— ففى هذه الحالة يجوز للمؤجر أن يثبت أن عقد الشركة فى حقيقته عقد صورى قد قصد به التحايل على حقه فى تقاضى نصف ثمن البيع بالجدك . ويجوز له اثبات هذا بكافة طرق الاثبات بما فيها شهادة الشهود والقرائن (١) .

٨٣— الصورية فى بيانات الكمبيالة :

— نصت المادة ١٠٨ من قانون التجارة على أنه « الاوراق الموصوفة بوصف كمبيالة ولم تكن مستوفية للشروط السالف ذكرها **والكمبيالات التى فيها على غير الحقيقة اسم أو صفة تعتبر سندات عادية** اذا كانت مستوفية للشروط اللازمة لهذه السندات ومع ذلك يجوز نقلها من يد الى يد بطريقة التحويل وتعتبر مثل

(١) أنظر الصورية فى ضوء الفقه والقضاء ، عز الدين الديناصورى ، د. عبد الحميد الشواربى ص ٤٦١/٤٦٢ — أنظر نقض مدنى بتاريخ ١٩٨١/٤/١٨ طعن رقم ٦٤٤ لسنة ٥٠ ق — نقض بتاريخ ١٩٨١/٢/٢٥م ، طعن ٢٦٠ لسنة ٤٦ ق — نقض ١٩٨٥/٤/١٨م طعن رقم ١٠٤٣ لسنة ٥٢ ق .

الاوراق التجـــارية اذا كتبت بين تجـــار أو لاعمال تجارية ،
ولا يجوز لمن علم بذكر شىء من ذلك على غير الحقيقة أن يحتج به على الغير الذى لم يخبره به » •

ويتضح من النص المذكور أن عدم ذكر الحقيقة واثبات بيانات مخالفة للحقيقة سواء بالنسبة للاسم أو الصفة يحيل الكمبيالة معيبة أى باطلة وتتحول الى سند مدنى أو ورقة شبيهة بالاوراق التجارية • والبطلان للصورية طبقا للمادة ١٠٨ لا يتعلق بصحة الكمبيالة ذاتها ، حيث لا يحتج بهذا البطلان على الغير الذى لا يعلم بالصـــورية • والدفع بالبطلان للصورية من الدفوع التى يطهرها التظهير ويقتصر أثرها على من يعلم بها فلا يحتج بها فى مواجهة الحامل حسن النية • وكذلك الشأن اذا ذكر بصك الكمبيالة مبلغ مخالف للمتفق عليه فان هذه الصورية لا تبطل الكمبيالة وتظل خاضعة لاحكام الصـــــرف ولا يجوز التمسك بهذه الصورية فى مواجهة الحامل حسن النيـــة ولكن يجوز التمسك به فى مواجهة من يعلم بها (١) •

٨٤ــ الصورية فى الشيك :

تتحقق هذه الحالة فى حالة اعطاء الشيك تاريخين حيث يفقد صفته من أداة وفاء الى أداة ائتمان • وعدم اعطاء الشيك تاريخا يعتبر تاريخ استحقاقه هو تاريخ تقديم الشيك للبنك المسحوب عليه ولكن الصورية قد تتحقق اذا اتفق الساحب والمستفيد أن يطعن بالصورية على تاريخ الشيك ؟ الراجح ان الطعن فى الصورية هنا غير منتج لان اعطاء الشيك تاريخ واحد لاحقا للتاريخ الذى تحرر فيه معنـــاه انصراف نية الساحب والمســـتفيد على أن يكون اداة وفـــاء وعلى استحقاقه فى هذا التاريخ (٢) •

وبعد هذه المقدمة نتناول بالشرح آثار الصورية فيما بين المتعاقدين والخلف العام ، وآثارها بالنسبة للغير •

---

(١) أنظر المستشار عز الدين الدناصورى ، د. عبد الحميد الشواربى المرجع السابق ص ٤٦٦ — أنظر نقض مدنى جلسة ١٩٤٧/١/٢م — المجموعة الرسمية س ٤٧ ص ٢٤٩ •
(٢) أنظر المرجع السابق •

المطلب الأول

آثار الصورية بين المتعاقدين والخلف العـــام [1]

٨٥ــ نص المشرع فى ٢٤٥ مدنى على أحكام الصـــورية بين المتعاقدين والخلف العام بقوله :

« اذا ستر المتعاقدان عقدا حقيقيا بعقد ظاهر فالعقد النافذ فيما بين المتعاقدين والخلف العام هو العقد الحقيقى » •

ومفاد النص السابق أن الاصـــل سريان العقـــد الحقيقى بين الطرفين • اذ العقد الظاهر لا وجود له ولم تتجه اليه ارادتهما وتلك قاعدة لا استثناء عليها • وتسرى هذه القاعدة على طرفى التعاقـــد والخلف العام أى الورثة والموصى لهم بجزء شائع فى التركة كلها اذ أن الخلف العام يعتبر بمثابة العاقد بالنسبة لعقود سلفه [2] •

هذا بعكس ما ذهب اليه القضاء الفرنسى الذى جعل العقد الصورى يسرى بين المتعاقدين على سبيل العقاب • مثل ذلك أن يظهر المتعاقدان فى البيع ثمنا أقل من الثمن الحقيقى لانقاص رسوم التسجيل ، فيمنع البائع من الرجوع على المشترى بالفرق فى الثمن ، وأساس هـــذا القضاء القاعدة الرومانية القديمة التى تقضى بأنه لا يجوز لمن تلوث بالغش صدر منه أن يحتج أمام القضاء بذلك الغش [3] •

(١) أنظر د. السنهورى الوسيط جـ ٢ فقرة ٦٢٠ ــ د. جمال زكى المرجع السابق فقرة ٤١٨ د. اسماعيل غانم المرجع السابق فقرة ٨٨ ، د. عباد الفتاح عبد الباقى فقرة ١٠٦ ــ د. محمد عمران المرجع السابق ص ١٠٦ وما بعدها .

(٢) أنظر د. اسماعيل غانم المرجع السابق بند ٨٨ ص ٢٠٠ قضت محكمة النقض بتاريخ ٦٧/٤/٢٠م نقض م ١٨ ص ٨٥٠ بأنه « متى انتهى الحكم الى اعتبار عقد البيع عقدا صوريا ساترا لعقد حقيقى فانه اذا رتب على ذلك أن العقد الذى ينفذ فيما بين المتعاقدين والخلف العام هو العقد الحقيقى ــ أى ورقة الضد ــ يكون قد طبق المادة ٢٤٥ من القانون المدنى تطبيقا صحيحا ولايمنعمن نفاذ هذا العقد الحقيى فى حق المشترى .

(٣) أنظر د. اسماعيل غانم المرجع السابق هامش ٢ ص ٢٠٠ نقلا عن ديمجوج جـ ١ فقرة ١٦٩ .

والموقف السابق الذى اتخذه القضاء الفرنسى يؤيد الرأى الذى ذكرناه (١) من أن الانسان يجب الا يستفيد من غشه وخداعه للغير ولكن للاسف اذا ما نظرنا الى نص المشرع فى المادة ٢٤٥ مدنى نجد انه من خـلال هـذا النص قـد جعـل المتعـاقدين يسـتفيدون من غشهم وخداعهم وساعد أيضا بهذا النص على التوسع فى ابرام التصرفات الصورية باعتداده بالعقد المستتر دون العقد الظاهر بين أطرافها وهذا ما ذكرناه فى معرض تعليقنا على موقف المشرع المصرى من الصورية فيمكن الرجوع اليه (٢) •

— والعلة التى استند اليها المشرع فى القول بالاعتداد بالعقد الحقيقى تكمن فى أن أرادة العاقدين اتجهت للاعتداد به وحده وبالتالى يكون وحده هو الذى له بين طرفيه وجود قانونى ، واعمالا لمبدأ سلطان الارادة • أما العقد الظاهر فلم يقصدا به الا انشاء مظهر كاذب لعقد لم يرغبا أن ترتبا عليه آثار قانونية •

— ويترتب على عدم الاعتداد بالعقد الظاهر أنه « لا تنتقل به الملكية بل تظل على ملك المالك الاصلى وتنتقل بالميراث الى خلفه العـام وفقا لقواعد الميراث •

— كما لا يكون المشترى الصورى مالكا للعين ولكنه اذا تصرف فيها انتقلت الى خلفه خاص — وكان الخلف الخاص من الغير واستطاع أن يحتج بالعقد الصورى كما سنرى فيما بعد عند التحدث عن آثار الصورية بالنسبة للغير — وكذلك وارثه لا تنتقل اليه ملكية العين بالميراث اذا مات المشترى الصورى هذا ما لم يكن الوارث قد اشترى العين من مورثه قبل موته بعقد جدى وهو حسن النية ،

---

(١) أنظر فى هذا المبحث ص

(٢) أنظر د. السنهورى الوسيط جـ٢ بند ٦١٨ ص ١٤٠ ط ١٩٨٢م ، أنظر فى الفقه الفرنسى : الاستاذ فلاتيه FLATTET العقود لحساب الغير فقرة ١٢٠ — فقرة ١٣٣ حيث يعتبر البائع والمشترى الصوريين شريكين فى حق واحد » COTITULAIRES, DE DROIT :

فيصبح الوارث هنا من الغير وتنتقل اليه الملكية بالبيع لا بالميراث ، ولا يحتج عليه بالعقد المستتر ما دام لا يعلم به (١) .

٨٦ـــ ويشترط لاعمال العقد الحقيقى على الوجه السابق أن تتوافر فيه كافة الشروط الموضوعية . **فمثلا اذا كان العقد الظاهر بيعا أريد به ستر هبة ،** وجب أن تتوافر فى الهبة كافة الشروط الموضوعية اللازمة لصحتها من حيث أهلية الواهب وسائر شروط صحتها الاخرى ، وأما من حيث الشكل فانه لا يشترط أفراغها فى الشكل الرسمى (٢) وهو الشكل الذى يتطلبه القانون لصحة الهبة ما دام أنها قد سترت ببيع كما ذكرنا . وهذا ما نصت عليه المادة ٤٨٨ مدنى بقولها « تكون الهبة بورقة رسمية والا وقعت باطلة ما لم تتم تحت ستار عقد آخر (٣) .

— وليس معنى ذلك ان العقد الصورى ليس له وجود أو أثرا فالعقد الصورى فان لم يكن له وجود كتصرف قانونى فيما بين المتعاقدين والخلف العام . فله وجودا ماديا على الاقل قد يترتب عليه أثرا قانونيا . فالتصرف الصورى الصادر من الموصى له فى العين الموصى بها يعتبر قبولا ضمنيا للوصية وكذلك التصرف الصورى الصادر من المورث فى عين من أعيان التركة يعتبر قبولا للميراث فى القانون الفرنسى (٤) .

---

(١) انظر استئناف مصر ٩ مارس ١٩٤٣ — المجموعة الرسمية ٤٤ ص ١٣ .

(٢) قضت محكمة النقض بجلسة ٨٤/٢/٢١ طعن رقم ١٥٢٨ سنة ٥٣ ق بأن « المقرر أنه اذا كانت الهبة مشروطةللمساهمة فى خدمة عامة فان الرسمية لا تكون لازمة لانعقادها وان الهبات التى يشترط فيها للقابل لا تعتبر من قبيل التبرعات المحضة التى يجب أن توثق فى عقد رسمى » .

(٣) قضت محكمة النقض بتاريخ ١٩٧٢/٥/٢٩ س ٢٣ ص ١١٤٢ بأنه « استقر قضاء هذه المحكمة فى ظل القانون المدنى على أنه اذا كان الثمن لم يذكر فى عقد البيع الا بصفة صورية ، فان العقد يصح بوصفه هبة مستترة فى صورة عقد بيع وأنه لا يتعارض مع تمييز التصرف فى أن يظل البائع واضعا يده على ما يدعيه وأن يحتفظ لنفسه كمدى الحياة بحق الاتفاع » .

(٤) DEMOGUE TVAITE DE OBIGATIONS EN G2N2RAL P. 261 - 263 PARIS 1933 - 1933.

٨٧ــ وهناك أمثلة أخرى غير عقد البيع يمكن أن تحدث منها :

٨٨ــ الصورية فى عقد الايجار :

ومنها ما يحدث فى هذه الأيام من أستغلال المؤجر أزمة الاســكان وحاجة المستأجر لها • حيث يقوم المالك (المؤجر) بتحرير عقــد ايجــار للمستأجر على أن المكان أجر له مفروشا فى حين أنه استلمه خاليا ، ويحرر عليه قــائمة صوريه بمنقولات تســلمها ، فانه يحق للمستأجر فى هذه الحالة أن يثبت أن عقد الايجــار صورى صوريه نسبية بالنسبة للاجره والمنقولات تمهيدا لتقدير قيمة الاجرةللمكان خاليا ، ويجوز له اثبات ذلك بكافة طرق الاثبات(١) •

ومن أمثلة صورية عقد الايجار :

تحرير عقد صورى ببيع المكان المؤجر حالة أن العقد فى حقيقته عقد ايجار وقد يلجأ المؤجرون الى ذلك بقصد الحصول على مبالغ خارج نطاق عقد الايجار • ويجوز للمستأجر أن يثبت ذلك بكافة طرق الأثبات(٢) •

ــ **أيضا التأجير لشخص صورى ليتنازل عن العقد للمستأجر الحقيقى :**
يلجأ المؤجر الى هذه الطريقة فى حالــة ما اذا تقــاضى مبلغ خلو رجل من المستأجر الحقيقى وبهذه الطريقــة ينفى أى رابطة عقدية بينه وبين المستأجــر الأصلى • الأمــر الذى لايتمكن

---

(١) قضت محكمة النقض بتاريخ ٨١/١٢/٧ بأنه « يجوز للمستأجر اثبات ادعائه بأن العين أجرت خالية على خلاف الثابت بالعقد بكافة طرق الاثبات لان ادعاء التحايل على أحكام آمره تتعلق بالنظام العام ولمحكمة الموضوع تقدير جدية الفرش أو صوريته ع ضوء ما تستنبطه من أدلة وقرائن قضائية سائغة اذ العبرة بحقيقة الحال لا بمجرد وصف العين فى العقد بأنها مؤجرة مفروشة « وقضت محكمة النقض فى٢٨/١٢/١٩٨١ الطعن رقم ١٠١٥ لسنة ٤٧ ق بأنه « يشترط لاعتبار المكان المؤجر مفروشا الا يكون الفرش صوريا بقصد التحايل للتخلص من القيود التى نص عليها قانون ايجار الاماكن مما مفاد ذلك أن تشمل الاجارة بالاضافة الى منفعة المكان فى ذاته مفروشات أو منقولات كافية للغرض الذى قصده المتعــاقدان من استعمال المــكان مفروشا » •

معه المستأجر الاصلى من ان يسترد حقه فى مبلغ الخلو .
فى هذه الحالة يجوز للمستأجر الأصلى أن يثبت صورية عقد الايجار الصادر من المؤجر الى المتنازل له أو المؤجر من الباطن وأن يثبت حقيقه العقد المستتر وهو الصادر اليه من المؤجر الأصلى مباشرة بجميع طرق الاثبات . لأن هناك تحايل على القانون ضد مصلحته (المستأجر)

٨٩- الصورية فى عقد الزواج :

ومثالها ما يحدث من اتفاق الزوج والزوجة على اثبات مقدم مهر أقل من المتفق عليه فى وثيقة عقد الزواج تهربا من رسوم التوثيق ويحق للزوجه أن تطعن بالصورية النسبية فى وثيقة الزواج ولها الحق فى اثبات ما يخالفها دون حاجة للطعن على العقد بالتزوير وذلك بشهادة الشهود ويجوز للزوج أن ينفى ما اثبتته الزوجة بنفس الطريق [١] .

— أما اثبات الصورية بين أطرافها : فالأصل كما ذكرنا أن اثبات ما يخالف الكتابة يجب أن يكون بالكتابة الا فى أحوال استثنائية ذكرناها سابقا فيمكن الرجوع اليه [٢] .

٩٠ — الاثر المترتب على الحكم بالصورية [٤] :

يلزم هنا أن نفرق بين الحكم الصادر بصورية العقد على أنه صورى صورية مطلقة أو صورى صورية نسبية .

---

(١) أنظر د. عبد الحميد الشواربى ، المستشار عز الدين الدناصورى المرجع السابق ص ٤٨٠ .

(٢) أنظر فى هذا المبحث ص ٨٩ تحت عنوان اثبات الصورية .

(٣) قضت محكمة النقض فى ١٩٨٤/١/٢٤م طعن رقم ٣٦١ لسنة ٥٠ ق بأن « المقرر فى قضاء هذه المحكمة ان المسألة الواحدة بعينها اذا كانت كلية شاملة وكان ثبوتها أو عدم ثبوتها هو الذى ترتب عليه القضاء بثبوت الحق الجزئى المطلوب فى الدعوى أو انتفائه فان هذا القضاء

٩١ـ الاثر المترتب على الحكم الصادر فى الصورية المطلقة :

اذا صدر الحكم بصورية العقد استنادا الى ورقة الضد أى الى الصورية المطلقة فهنا يحوز هذا الحكم حجية الأمر المقضى به ولا يحق للطرف الذى كان الحكم حجه عليه أن يرفع دعوى أخرى يطالب فيها ببطلان العقد استنادا الى الصورية النسبية [1] •

٩٢ـ الاثر المترتب على الحكم الصادر فى الصورية النسبية :

اذا ما حكم بصورية العقد استنادا الى الصورية النسبية فلا يمنع هذا الحكم الخصم من يطعن بصورية العقد بسبب آخر غير السبب الذى استندت اليه المحكمة فى حكمها الاول لتقرر صورية العقد •

يحوز حجية الامر المقضى فى تلك المسألة الكلية الشاملة بين الخصوم أنفسهم ويمنح الخصوم من التنازع بطريق الدعوى أو بطريق الدفع فى شأن حق جزئى آخر متوقف ثبوته أو انتفاؤه على ثبوت تلك المسألة الكلية السابق الفصل فيها بين الخصوم أنفسهم أو على انتفائها واذا كان البين أن الطاعنين أقاموا الدعوى ٦٥٦ لسنة ٩٦٠ مدنى كلى شوهاج بطلب الحكم بصحة ونفاذ عقد البيع المؤرخ ١٩٥٨/١٢/٣ عن مساحة ٧ ط من ضمن ٧ ط /١ ف واردة بالعقد المذكور ، وقد تدخلت المطعون ضدها فى تلك الدعوى طالبة رفضها على سند من أنه سبق أن اشترت الاطيان البالغ مساحتها ٧ ط / ١ ف المباعة للطاعنين من ذات البائع لهم بموجب عقد بيع تم شهره ، واذا كانت تلك الدعوى تتسع لبحث كل أسباب بطلان عقد المطعون ضدها المسجل — ومنها الصورية المطلقة — فانه وقد قضت المحكمة فى تلك الدعوى برفضها وقطع الحكم المذكور فى أسبابه المرتبطة ارتباطا وثيقا بمنطقة بأن ملكية الاطيان المباعة للطرفين قد آلت للمطعون ضدها بعد أن سبقه الى تسجيل العقد ، الصادر اليها فان هذا القضاء يتضمن حتما أن عقد المطعون ضدها برمته صحيح غير صورى وانها هى المالكة لمساحة السبعة قراريط التى كانت مثار النزاع فى تلك الدعوى بما يمتنع على الخصوم فى الدعوى التى صدر فيها هذا القضاء من العودة الى المناقشة فى تلك المسألة التى فصل فيها بأية دعوى تالية يثار فيها هذا النزاع ولو بأدلة قانونية أو واقعية لم يسبق اثارتها فى الدعوى الاولى « وقضت فى حكم آخر بتاريخ ١٩٨٥/١/٢٩ طعن رقم ٢٢٩ لسنة ٥١ ق بأنه « لئن كان من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن .. قاعدة ضم حيازة السلف الى مده حيازة الخلف لا تسرى الا اذا أراد المتمسك بها أن يحتج بهقبلغير من باع له وغير من تلقى الحق ممن باع له ، بحيث اذا كان السلف مشتركا فلا يجوز للحائز التمسك بالتقادم أن يقيد من حيازة سلفه لاتمام مدة الخمس عشرة سنة اللازمة لاكتساب الملكية بالتقادم قبل من تلقى عنه حقه عن هذا السلف ، الا أنه لما كان من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن مقتضى القضاء بصورية أحد العقدين الصادرين من السلف صورية مطلقة الا يكون ثمة وجود فى الحقيقة الا للعقد الاخر من ثم فلا يكون ثمة ما يحول قانونا ومن ضم مدة حيازة صاحب العقد الى مدة حيازة سلفه » .

(١) قضت محكمة النقض بتاريخ ٨٢/١٢/٢ طعن رقم ٢٥٢ لسنة ٤٩ ق بأن الحكم الذى يقضى فى دعوى الدائن برفض صورية عقد صدر من مدينة للغير لا يكون — وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة — حجة على صحة هذا العقد فى دعوى المنازعة فى صحته والتى تقوم فيما بعد بين طرفيهلاختلاف الخصوم فى الدعوتين » .

المطلب الثـــــانى

آثار الصورية بالنسبة للغير

٩٣ـ النصوص القانونية :

نصت المادة ٢٤٤ من التقنين المدنى المصرى على أنه :

١ ـ اذا أبرم عقد صورى ، فلدائنى المتعاقدين وللخلف الخاص ، متى كانوا حسنى النيه أن يتمسكوا بالعقد الصورى كما أن لهم أن يتمسكوا بالعقد المســتتر ويثبتوا بجميع الوســائل صورية العقد الذى أضر بهم •

٢ ـ واذا تعارضت مصالح ذوى الشأن فتمسك بعضهم بالعقد الظاهر ، وتمسك الاخرون بالعقد المســتتر كانت الأفضلية للأولين •

والنص السابق يوضح لنا أن المقصود بالغير كل من لــم يكن طرفا فى العقد أو خلفا عاما لأحد طرفيه فيعتبر من الغير دائنــو المتعاقدين وخلفهما الخاص(١) •

ويقوم تحديد الغير فى الصورية على فكرة استقرار المعــاملات القانونية ، ووجوب حمايتهم لاعتمادهم بحسن نيه على تصرف وان كان كاذبا كله أو فى جزء منه ـ يجمع مظاهر تصرف صحيح عقدوا تصرفاتهم على أساسه(٢) ولهذا فالقاعدة أن اثر العقد لاينصرف الى غير العاقد او من يمثله أى لا ينصرف الى الغير الاجنبى عن العقد فلا يحمله التزامات ولكن يجوز أن يكسبه حقا فنص المشرع فى المادة ١٥٢ مدنى على أنه « لا يرتب العقد التزامات فى ذمة الغير ، ولكن يجوز أن يكسبه حقا »•

---

(١) أنظر فى هذا البحث تحت عنوان المقصود بالغير ص ٩٨ ق

(٢) أنظر د• جمال زكى ص ٨١٢ بند ٤١٩ •

— وعلى هذه الفكرة نجد أن المشرع وفقا لمفهوم المادة ٢٤٤/١ مدنى « **جعل للغير الحق فى التمسك بالعقد الظــاهر** : اذا تحققت له مصلحته فى الأمر بشرط أن يكون جاهلا صورية هذا العقد وقت التعامل **أى يكون حسن النية** والمفروض أن الغير حسن النية لايعلم بالعقد المستتر ، وعلى من يدعى عكس ذلك أن يثبت ما يدعيه(١) .

٩٤ـ ويثور التساؤل عن الوقت الذى يعتد فيه بحسن النية المطلوبة ؟

أن العبرة بحسن النية يكون بالوقت الذى يبنى فيه الغير تعامله على أساس الظاهر . فالعبرة فى تحديد وقت ثبوت حسن النية هى بوقت التعامل ونشوء الالتزام وهو الوقت الذى انخدع فيه المتعاقد بالعقد الظاهر للمتعاقدين وانبنى عليه تعامله (٢) .

فيشترط أن يكون دائن المشترى حسن النية عند البدء فى اجراءات التنفيذ على العين المشتراه ، يكون المشترى الثانى حسن النية وقت البيع له ، واذا كان الخلف الخاص محالا له بالدين الصورى كانت العبرة بحسن النية وقت الحوالة (٣) وأن يكون الشفيع حسن النية وقت اعلان رغبته فى الأخذ بالشفعة له (٤) .

---

(١) أنظر د. اسماعيل غانم المرجع السابق بند ٩٢ ص ٢١١ .

(٢) قضت محكمة النقض بتاريخ ١٩٧٥/١/٢٦ س ١٦ ص ٢٥٣ بأن « النص فى الفقرة الاولى من المادة ٢٤٤ مدنى على أنه « اذا أبرم عقد صورى فلدائنى المتعاقدين والخلف الخاص متى كانوا حسنى النية أن يتمسكوا بالعقد الصورى » يدل على أن العبرة فى تحديد وقت ثبوت حسن النية هو وقت التعامل ونشوء الالتزام وهو الوقت الذى انخدع فيه المتعاقد الظاهر حماية لحسن النية الذى لازم التصرف الامر الذى يقتضيه استقرار المعاملات واذا كانت الطاعنتان قد تمسكتا بالعقد الظاهر للبائع لهما وبأنهما لا تعلمان بصوريته ، فان المرجع فى تحديد عدم العلم بالصورية وحسن النية انما يكون بوقت التعامل ونشوء الالتزام بنقل الملكية لا بوقت انتقال الملكية بالتسجيل .

(٣) أنظر نقض مدنى ١٩٣٥/٤/١١ م مجموعة عمر ج ١ ص ٦٨٤ رقم ٢٤٧ .

(٤) أنظر نقض مدنى ١٩٦٥/١٢/٢٠م مجموعة احكام النقض سنة ١٦ ع ٣ ص ١٣٨٤ رقم ٢١٧ .

فمثلا يكون لدائنى المشترى فى البيع الصورى : أن يتمسكوا بالعقد الظاهر حتى يتمكنوا من التنفيذ على العين التى اعتبرت بالنسبة لهم داخله فى ملك المشترى بمقتضى العقد الظاهر •

٩٥- ويكون للغير الحق أيضا فى التمسك بالعقد المستتر أى التصرف الحقيقى اذا كانت مصلحته تقتضى ذلك على أساس أنه العقد الذى له وجود قانونى بحسب نص المادة ٢٤٥ مدنى مصرى • على ذلك فلدائنى البائع فى البيع الصورى أن يتمسكوا بالتصرف الحقيقى حتى لايخرج المبيع بطريق البيع الصورى من ضمانه العام ، ولدائنى المشترى أن يتمسك بالعقد الصورى لأن من مصلحته أن يدخل المبيع فى ضمانه العام •

- واذا كان الغير كما سبق القول الحق فى التمسك بالعقد الظاهر أو العقد المستتر طبقا لمصلحته فهذا يتفق ومفهوم نص المادة

١٣٢١ من القانون المدنى الفرنسى التى تقضى بأن العقد المستتر لا أثر له ضد الغير (Contre lestieis) وهذا النص يعنى ان الغير له أن يختار بين العقدين حسب مصلحته فهو اذا تمسك بالعقد الظاهر فلأن هذا العقد قد خلق من الظواهر ما انخدع به وأطمأن اليه وليس للمتعاقدين أن يستفيد من غشهما فى علاقتهما بالغير •

٩٦- تعارض مصالح الغير :

اذا تعارضت مصالح الأغيار فتمسك البعض منهم بالعقد الظاهر وتمسك آخرون بالعقد المستتر كانت الأفضلية لمن تمسك بالعقد الظاهر وهذا ما عبرت عنه المادة ٢/٢٤٤ مدنى مصرى بقولها « اذا تعارضت مصالح ذوى الشأن فتمسك بعضهم بالعقد الظاهر وتمسك الآخرون بالعقد المستتر كانت الأفضلية للأولين « فمثلا من مصلحة دائنى البائع وخلفه الخاص التمسك بالعقد المستتر اى

العقد الحقيقى لكى يتمكنوا من التنفيذ عليه باعتبـاره داخـلا فى الضمان العام لأموال مدينهم • ولايمكن أن نأخذ بالعقدين معا • بل لابد من المفاضلة بينهما • ولم يكن يوجد فى التقنين المدنى الملغى نص لهذه المسألة فأختلفت الآراء عليها الى أن حسمها واضعو التقنين المدنى الجديد حيث فضل فيه من يتمسك بالعقد الظاهر ، متى كان حسن النية على من يتمسك بالعقد المستتر(1) •

وفى المثال السابق يفضل دائن المشترى متى كان حسن النية على دائن البائع ، ويقوم هو بالتنفيذ على العـين المبيعة صوريا متمسكا بالعقـد الظـاهر الذى هو من مصـلحته ، ولقـد جاء فى المذكره الايضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا المعنى « ويناط الحكم عند تنازع ذوى المصالح المتعارضة على هذا الوجه بفكرة استقرار المعاملات ، فاذا تمسك دائنى المشترى بهذا العقد كانت الأفضليه للأخير لاعتبارات تتعلق بتأمين ذلك الاستقرار (2) •

ومن نص المذكرة الايضاحية نجد أنه قـد علل الحـكم السابق باعتبارات تتعلق بتأمين استقرار المعاملات •

٩٧ــ أما فيما تعلق باثبات الصورية بالنسبة للغير :

ان القاعدة هنا أن للغير اثبات الصورية بجميع طرق الاثبات ولو كان التصرف الظاهر لا يجوز اثباته بغير الكتابة • وقد تناولنا اثبات الصورية بشرح فيمكن الرجوع اليه (3) •

---

(1) قضت محكمة النقض فى جلسة ١٩٧١/٤/٢٢ س ٢٢ ص ٥٢٣ فى الطعن رقم ٤٨٥ سنة ٣٦ ق بأن « للغير حسن النية أن يتمسك بالعقد الظاهر متى كان هذا العقد فى مصلحته ولا يجوز أن يحاج المشترى بورقة غير مسجلة تفيد صورية عقد البائع له حتى كان لا يعلم بصورية ذلك العقد .

(2) انظر مجموعة الاعمال التحضيرية جـ ٣ ص ٦٤٦ .

(3) انظر ص ٨٩ من هذا البحث تحت عنوان اثبات الصورية ﻫ

المبحث الثـــــانى

آثار الحيل (الصورية) فى الفقه الاســـــــــلامى

٩٨ـ انتهينا فى عرضنا السابق الى عدم مشروعية الحيل ولكن مع ذلك ذهب البعض الى القول بأن الفقه الاسلامى انما هو فقه نظرى لا يتفق ومفهوم الحياة العملية وليس له تأثير كثير فيها ولهذا قالوا أن الفقهاء لجأوا الى اعمال الحيل لجعل الفقه الاسلامى يتفق مع واقع الحياة العمليه . أى أن الحيل قد وجدت نتيجـــة السـعى للتوفيق بين الناحية النظرية ، وبين الناحية العملية وبين الحقيقة الواقعة وكلما كان مجال عدم التحقق واسعا كانت الحاجة ماسة الى الأخذ بالحيل واستعمالها (١) .

ولكن القول السابق ليس صحيحا لأن الفقة الاســلامى ليس فقها نظريا انما هذا الفقه قد انطوى على أحكام عمليه تتفق وواقع الحياة الانسانية فالشريعة الاسلامية بما فيها من أحكام صالحة للتطبيق فى كل زمان ومكان والقول بأن الحيل كانت الوسيلة للتوفيق بين النظريات والعمليات يقلل من شأن الفقه الاسلامى ويضعف من سلطاته كتشريع قديم أرادة الله للناس كافة(٢) .

ولكن الامر الذى لاشك فيه أن لجوء البعض الى الحيل تحت ستار المفهوم السابق قد جعل لها أثرها الواضح فى المجتمع الأمر الذى ترتب عليه اتخاذ الطرق الوقائية منها للمحافظة على الأحكام الشرعية . كما كان للحيل أيضا أثرها العملى . وأمام عدم مشروعية الحيل نجد أن ليس لها آثار فى العلاقات بين مستعمليها أو بينهم

---

(١) أنظر فى ذلك د. على حسن عبد القادر نظرة عامة فى تاريخ الفقه الاسلامى ص ٢٢٩ وما بعدها .

(٢) انظر د. محمد مصطفى شلبى الفقه الاسلامى بين المثالية والواقعية طبعة مطبعــة جامعة الآسكندرية .

وين الغير ولهذا نجد أن الفقه قام باتخاذ الوسائل التى من شأنها وقاية المجتمع الاسلامى من آثارها الباطلة ٠

٩٩ـ ففيما يتعلق بالاثر الوقائى : نجد أن هذا الاثر قد تجلى فى تصدى فقهاء المسلمين لمن يقوم بالحيل حيث انكروها على اصحابها ونبهوا الناس الى خطرها ولهذا نجـد أن لفظ الحيل كان محـل استنكار واستنفار فى نظرهم ٠ ومن ثم قالوا على سبيل التعريض والذم من أسباب الحيل ، ولا تعاملوه فانه متحيل (١) ٠

ولقد قال الامام احمد نفسه ــ عن أصحا بالحيل ــ يحتـالون لنقض سنن رسول الله صلى الله عليه وسلم(٢) ٠ كما روى عنه أنه قال : لايجوز شىء من الحيل فى ابطال حق امرىء مسلم(٣) ٠ كما قال الكرمانى : ما جعل الدين آله للخداع(٤) ٠

ومما سبق تجد أنه نظرا لعدم مشروعية الحيل فانه ليس لها أى أثر يرتبه الفقه عليها لأن الحيله باطلة وبالتالى ولدت ميته وما بنى على باطل فهو باطل فى تكوينه وآثاره أى فى حكم العـدم الذى لا يترتب عليه آثار ٠ بعكس ما ذهب اليه المشرع المدنى الذى جعل لها آثار بين عاقدى الصورية أو بالنسبة للغير ايضا كما ذكرنا ٠

١٠٠ـ أما فيما يتعلق بالأثر العملى للحيل :

نجد أنه بالرغم من العداء الشديد للحيل الا أن لجوء البعض اليها بالرغم من تحريمها قد جعل لها بعض الأثر فى مجال التطبيق العملى ، كميراث الحمل فقد يكون المولود ذكرا أو أنثى حيث يختلف

---

(١) أنظر د. نجاشى على ابراهيم رسالة دكتوراه ، الحيل فى الفقه الاسلامى ص ٦٠٦ .
(٢) أنظر اغاثة اللهفان جـ ١ ص ٣٦٩ ٠
(٣) أنظر اغاثة اللهفان جـ ١ ص ٣٦٩ ٠
(٤) أنظ وفتح البارى جـ ١٢ ص ٢٩٧ ، وعمدة القارى جـ ١١ ص ٢٦٩ .

نصيب كل وارث وبذلك تم تقسيم التركة مرتين مرة على فرض أن الحمل ذكر ومرة على فرض أن المولود أنثى ومـــا ذلـــك ليس الا احتيال : للوصول الى الفرض الشرعى الذى يحفظ لكل وارث حقه[1] .

ولكن أرى ان المثال الســـابق لايدخل فى مفهوم الحيلـــة فاذا ما طبقنا الأركان والشروط الواجب توافرها فى الحيلة والتى سبق ذكرها نجد أنها لا تطبق على الفرض السابق وبالتالى نجد أن — المثال المذكور ما هو الا فرض اتخذه الفقه للحفـــاظ على حقوق الورثة استنادا الى المنطق والعقل فقط وليس الى الحيله .

وقد ذهب البعض الى القول بأن للحيلة أثر فى نمـــو الفقـــه الاسلامى بسبب ما أوجدته من جدل فقهى فى مشروعيتها أو عـــدم مشروعيتها الأمر الذى ساعد على ابراز خصائص الفقه الاسلامى ونموه وعلو شأنه .

خلاصة القول :

أن الحيل غير مشروعة وباطلة فى الفقه الاسلامى الأمر الذى يمكن معه القول أنها ولدت ميته وليس لها آثار فى مجـــال الفقه الاسلامى . فالفقه الاسلامى مكتمل بأحكامه الواضحه والتى تتفق والحياة العملية للناس كافة فتشريعنا ليس فى احتياج الى اللجوء للحيل لجعله يتفق وواقع احياة العملية فهو صالح التطبيق على كافة الناس فى أى مكان وزمان .

---

(1) أنظر فى ذلك د. نجاشى على ابراهيم المرجع السابق ص ٦١٣ .

المبحث الثالث

مقارنة آثار الصورية فى القانون المدنى

بما يقابلها فى الفقه الاسلامى

١٠١ـ اذا نظرنا الى موقف المشرع المدنى من الصورية يجد أنه رتب عليها آثار فيما يتعلق بأطرافها وبالنسبة للغير استنادا الى اعترافه بالتصرفات الصورية كما ذكرنا • أما بالنسبة للفقه الاسلامى فكان أكثر توفيقا من المشرع المدنى عندما رأى عدم ـ مشروعية الحيل وهى التى تقابل الصورية فى القانون المدنى ولم يرتب عليها أى آثار ، لأنه لايرتب على العدم أى آثار يعتد بها • ومن هنا نجد أنه يجب على المشرع المدنى أن يحذو حذوا الفقه الاسلامى فى عدم ترتيب أى آثار بالنسبة للتصرفات الصورية ، وهذا لن يتأتى الا بالغاء نص المادتين ٢٤٤ ، ٢٤٥ مدنى كما ذكرنا والاعتداد بالتصرفات الظاهرية فقط وبالتالى سيتم القضاء على التصرفات الصورية بصورة تلقائية لأن أطراف التصرف فى هذه الحالة لن يقوموا على ابرام التصرف الا بعد أن يراجعوا انفسهم اكثر من مرة عند انعقاد العقد بينهم فينصب على الحقيقة المجردة دون أن يشوبها الغش والخداع والاضرار بالغير(١) •

---

(١) انظر رأينا فى ذلك ص ١٢١ من هذا البحث •

خـــاتمـة

١٠٢- بعد أن أنتهيت من عرض موضـوع الصـورية فى القانون المدنى وما يقابلها فى الفقه الاسلامى من الحيل يمكن أن نستخلص من هذا العرض المقارن بعض النتائج التى توضح لنا حقيقه الصوريه من حيث المنشأ والمشروعية والأثار التى ترتبت على وجودها بين ثنايا نصوص القانون المدنى .

١٠٣- ومن ناحية نشأة وتطور الصورية أوضحت لنا الدراسة أن الصورية لم تكن نتائج الفكر الرومانى فـلم يكن ظهـورها مع ظهـور القانون المدنى بل هى قديمه قدم التاريخ وقد ظهرت الصوريه أى الحيل فى الأمم السابقة ، ونزلت فيها أحكام خاصة على لسـان الانبياء والمرسلين وأظهـر دليل على ذلـك قصة سـيدنا ايوب مع زوجته(١) ، كما ظهرت الحيل عند اليهود فروى لنا القرآن الكريم الكثير منها (٢) . الأمر الذى يؤكد لنا الصورية أى الحيل أسبق فى وجودها من القـانون الرومـانى على عكس مـا يروى معظم الفقهاء .

١٠٤- أما فيما يتعلق بمدى مشروعية الصورية فى القانون المدنى وما يقابلها فى الفقه الاسلامى أتضح لنا أن الراجح فى الفقه الاسلامى هـو عدم مشروعية التصرفات الصورية . بعكس ما ذهب اليه المشرع المدنى من الاعتراف بالصورية وترتيب آثار قانونية عليها من خلال اعترافه بالتصرف الظـاهر دون التصرف الباطن المسـتتر للغير . الامر الذى يتضح معه تردد المشرع المصرى فيمـا يتعلق بآثار الصورية من خلال نصه عليها فى المادتين ٢٤٤ ، ٢٤٥ مدنى .

---

(١) أنظر هذه القضية ص ٦ من هذا البحث .
(٢) أنظر ص ٧ من هذا البحث .

١٠٥ـ ان الصورية التى أعترف المشرع بأثارها فى نصـــوص المادتين ٢٤٤ ، ٢٤٥ مدنى تعتمد أساسا على الأخذ بالارادة الباطنة دون الأرادة الظاهرة ، وهذا ما ذهب اليه المشرع المدنى عندما اعتد فى العلاقة بين العاقدين والخلف العام بالارادة الباطنة دون الارادة الظاهرة وقد نص على ذلك فى المادة ٢٤٤ مدنى مصرى • الا أنه لم يستقر على هذا المبدأ بالنسبة للغير نجده تاره يعتد بالتصرف الظاهر أى بالارادة •• الظاهرة وتاره أخرى يعتد بالتصرف الخفى أى بالارادة المستتره (م ٢٤٤ مدنى) الأمر الذى ظهر معه المشرع المصرى أنه لم يكن موفقا فى النص على أحكام الصورية فى المادتين ٢٤٥ ، ٢٤٤ مدنى • فعندما نص المشرع فى المادة ٢٤٥ مدنى على على الاعتداد بالعقد المستتر دون العقد الظاهر فقــد ســاهم فى اتساع دائرة التصرفــات الصورية بدلا من أن يحــد منهــا لأن أطرافها يستطيعون الاضرار بالغير دون أن يسبب لهم ذلك أى ضرر فيستطيع أطرافها أن يتمسكوا بالعقد المستتر أى ورقة الضد ، ومعنى هذا أن الانسان يستطيع أن يغنم دون أن يغرم ، ومن هنا نجد أن المشرع لم يكن موفقا عندما نص فى المــادة المذكورة على الاعتداد بالعقد المستتر اعتمــادا على الارادة الباطنة • فلو أن المشرع قد أعتد أساسا بالنسبة للصورية على الارادة الظاهرة دون الارادة الباطنه لأستطاع أن يقضى على التصرفات الصورية لأن أى شخص فى هذ هالحالة لن يقــدم على التصرف المخالف الذى يقصد به الاضرار بالغير مثل أبــرام التصرف الصورى بقصــد الاضرا بالشفيع أو بالدائنين طالمــا أن العبرة بالعقــد الظــاهر ولا أساس لصحة العقد المستتر الأمــر الذى يجعله يتردد أكثر واكثر فى أبرام تلك التصرفات مما يدفعه الى ابرام التصرف الذى يتفق والحقيقة المجردة علاوة على أن فى الاخذ بالتصرف الظاهر استقرار للمعلاملات بــين الناس الذين دائمــا ما يبنون تصرفاتهم ومعاملاتهم على التصرف الظاهر(١) ولذا يجب على المشرع المصرى

---

(١) أنظر ص ٣٩ من هذا البحث تحت عنوان « موقف المشرع المصرى من مشروعيــة الصورية » •

أن يلغى نص المادة ٢٤٥ مدنى وفى الدعوى المباشرة ، غير المباشرة ، الدعوى البوليصية وحق الحبس والاعسار ما يكفى لضمان حقوق الدائنين والغير بصفة عامة .

١٠٦ــ أما النص الذى جاء به المشروع فى المادة ٣٤٤ مدنى فلن تــكون بحاجة اليه أيضا عندما يعتد المشرع بالارادة الظاهرة للاعتبارات السابقة فلقد أوضحت لنا الدراسة فى البحث أنه استقرار للمعاملات ومصالح الغير وتحقيقا للقاعدة الشرعية « ان درى المفاسد مقدم على جلب المصالح « ولحديث رســول الله صلى الله عليه وسلم » انما أمرت أن أحكم بالظاهر والله يتولى السرائر (١) . يجب على المشرع المصرى أن يلغى نص المــادتين ٢٤٤ ، ٢٤٥ مــدنى لأن المعاملات ليست فى احتياج اليهما وانما وجودهما قد أضر ضررا بالغا باستقرار المعاملات وساعد على اتساع نطاق للصورية فى المعاملات المدنية علاوة على الصعوبات الجمه التى تقف عائقا أمام اثباتها . مما يجعلهما مخالفين لأحكام الشريعة الاسلامية التى أجمع معظم فقهائها على عدم مشروعيتها (٢) .

١٠٧ــ وفى **الجانب التطبيقى للصورية** فى القانون المدنى وما يقابلها فى الفقه الاسلامى أتضح لنا أن المشرع المصرى قــد أجــاز الغش بالقانون وبنصوصه المتعلقة بالنظام العام وذلك عنــدما نص فى المادة ٤٨٨/١ على أنه « تكون الهبه بورقة رســمية والا وقعت باطله **مالم تتم تحت ستار عقد آخر** » .

والنص السابق شدنا الى الحيلة التى تجعل الهبه صحيحه دون اجراء الشكلية المطلوبة لصحتها فيكفينا أن تســتر الهبه فى

---

(١) انظر نهاية المحتاج جـ ٨ ص ٢٤٦ « فصل لدلب القضاء وغيرها » .

(٢) انظر ص ٣٢ وما بعدها من هذا البحث تحت عنوان « مشروعية الصورية فى القانون المدنى والفقه الاسلامى » .

صورة عقد بيع فتكون صحيحه لمجرد تبادل ارادتين لأن عقد البيع عقد رضائي ، وليس شكلي حتى بعد صدور قانون التســجيل لأن التسجيل ليس ركنا أو شرطا لانعقاد العقد بل حكم من أحكامه .

ولهذا يجب على المشرع أن يلغى الفقــرة الأخــيرة من النص السابق والذى من خلالها ترشدنا الى الغش ومخالفة النصوص الامر لتكون عبارة النص قاصرة على الشطر الاول وهــو « تكون الهبة بورقة رسمية والا وقعت باطلة » (1) .

---

(1) انظر ص ١٢٠ من هذا البحث تحت عنوان المبحث الاول « آثار الصورية في القانون المدني » .

المراجـــع

١٠٨ـ المراجع باللغة العربية :

١٠٩ـ الفقه الاســـلامى

١ ــ القرآن الكريم

٢ ــ كتب التفسير :

(أ) الجصاص (٣٧٠ هـ)

أحكام القرآن الكريم فى ثلاثة أجزاء لابى بكر أحمد ابن على الرازى المشهور بالجصاص طبعة ١٣٤٧ هـ

(ب) القرطبى (٦٧١ هـ)

الجامع لأحكام القرآن « لابى عبـــد الله محمد بن أحمد الانصارى القرطبى طبعة ١٢٦٩ هـ

٣ ــ كتب الحديث :

(أ) البخارى (٢٥٦ هـ)

صحيح البخارى طبع فى تسع مجلدات بالقاهرة

(ب) مسلم (٢٦١ هـ)

صحيح مسلم لابى الحسين مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيرى

(جـ) النووى (٦٧٦ هـ)

شرح النووى على صحيح مسلم لابى زكريا يحيى بن شرف ابن مرى الشافعى طبعة ١٣٤٩ هـ

(د) حاشيه السندى على سنن النسائى ط ١٣١٢ هـ

للعلامه أبى الحسن محمد بن عبد الهادى العنفى المتوفى ١١٣٨ هـ

(هـ) حاشيه السندى على سنن ابن ملجه ط ١٣١٣ هـ
للعلامه محمد بن عبد الهادى الحنفى السندى

(و) سبل السلام :

للامام العلامه محمد بن اسماعيل الكحلانى المشـــهور بالامام الصنعانى • طبعة مصطفى الحلبى

(ز) سنن ابن ماجه

للامـــام الحافظ ابى عبد الله محمد بن بزيد القزوينى المولود ٢٠٧ هـ والمتوفى ٢٧٥ هـ

(ح) الموطأ

للامام مالك بن أنس •

تحقيق الأستاذ/محمد فؤاد عبد الباقى ط الشعب بالقاهرة
ط ـــ نيل الاوطار ، شرح منتقى الأخبار ، من أحاديث سيد الاخيار : للامام الشيخ محمد بن على الشوكانى • ط مصطفى الحلبى •

٤ ـــ أصول الفقه :

ـــ الموافقات فى أصول الشريعة :

للامام ابى اسحاق الشاطبى ابراهيم بن موسى اللخمى الفرناطى المالكى المتوفى ٧٩٠ هـ • تحقيـــق الشـــيخ عبد الله دراز

٥ ــ كتب المذاهب الفقهية فى الفقه الاسلامى :

(أ) المذهب الحنفى :

١ ــ الأشباه والنظائر

للعلامة زين العابدين بن ابراهيم بن نجيم الحنفى المصرى ط المطبعة الحسينية المصرية بالقاهرة ١٣٢٢ هـ

٢ ــ بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع

للعلامة علاء الدين ابى بكر بن مسعود الكاسانى الحنفى المتوفى ٥٨٧ هـ .

٣ ــ رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار ، المعروف بحاشيه ابن عابدين ط ١٣٢٥ هـ للعلامة الشيخ محمد أمين الشهير بابن عابدين .

٤ ــ غمز عيون البصائر على محاسن الأشباه والنظائر للعلامة أحمد بن محمد الحنفى الحموى ط .

دار الطباعة العامرة بالقاهرة ١٢٩٠ هـ .

٥ ــ فتح القدير شرح الهداية طبعة بولاق ١٣١٦ هـ . تأليف كمال الدين محمد بن عبد الواحد المعروف بابن الهمام الحنفى مع تكملته نتائج الافكار فى كشف السره والاسرار لشمس الدين المعروف بقاضى زاده المتوفى سنة ٩٨٨ هـ

٦ ــ الفتاوى الهندية .

تأليف لجنة من علماء الهند برئاسة الشيخ نظام ، وهى اللجنة التى أمر بتكوينها السلطان محمد اورنك تماالكير .

٧ ــ كتاب الخصاف فى الحيل :

للامام أحمد بن عمرو ابى بكر الخصاف الشيبانى
ط ١٣١٤ هـ .

٨ ــ المبسوط ط ١٣٣١ هـ

لابى بكر محمد بن سهل السرخى

٩ ــ حاشيه على الدر المختار شرح تنوير الابصار

(ب) المذهب المالكى :

١ ــ بلغه السالك لأقرب المســالك ، الشــهير بحاشيه
الصاوى لأحمد بن محمد الصاوى المالكى .

٢ ــ حاشيه الدسوقى على الشرح الكبير ط ١٣٠٩ هـ .
تأليف العلامة شمس الدين محمد بن أحمد بن عرفه
الدسوقى

٣ ــ الشرح الكبير على مختصر خليل للعلامة أبى البركات
أحمد الدردير مطبوع مع حاشيه الدسوقى ١٣٠٩ هـ .

(جـ) المذهب الشافعى :

١ ــ الأشباه والنظائر فى قواعد وفروع فقه الشافعيه
للامام جلال الدين عبد الرحمن السيوطى المتوفى
٩١١ هـ ط مصطفى الحلبى بالقاهرة ١٣٧٨ هـ

٢ ــ المجموع المهذب

٣ ــ نهاية المحتاج الى شرح المنهاج ط ١٣٥٧ هـ
للعلامه شمس الدين ممحد بن ابى العباس احمد
ابن حمزة بن شهاب الدين الرملى

٤ ـ الحيل فى الفقه ط ١٩٢٤ م .

للشيخ الامام ابى حاتم محمود بن الحسن بن محمد ابن يوسف الحسن بن محمد بن مكرمة بن أنس بن مالك الانصارى الطبرى القزوينى الشافعى .

(د) المذهب الحنبلى

١ ـ اعلام الموقعين عن رب العالمين

للامام شـــمس الدين ابن عبد الله محمد بن أبى بكر المعروف بابن قيم الجوزيه المتوفى ٧٥١ هـ

٢ ـ اغاثه اللهفان من مصائد الشيطان ط ١٣٨١ هـ

للامام ابى عبد الله ممحد بن ابى بكر الشهير بابن قيم الجوزيه المتوفى ٧٥١ هـ

٣ ـ المغنى

لابى ممحد عبد الله بن امحد بن ممحد بن قدامه المقدس على مختصر أبى القاسم عمر بن الحسين ابن عبد الله بن أحمد الخرقى طبعه ١٣٦٧ هـ

٤ ـ الشرح الكبير

تأليف ابى الفرج عبد الرحمن بن قدامه مطبوع مع المغنى

٥ ـ كشاف القناع على متن الاقناع ط ١٣٦٦ هـ

تأليف الشيخ منصور بن يونس البهوتى الحنبلى

(هـ) مذهب الشيعة الامامية :

ـ المختصر النافع ط ١٣٧٦ هـ

لابى القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن الحلبى المتوفى ٦٧٦ هـ ٠

٦ ــ الفقه العام :

(أ) الاموال ونظرية العقد فى الفقه الاسلامى ط ١٣٧٢ هـ

للدكتور محمد يوسف موسى

(ب) التعبير عن الارادة فى الفقه الاسلامى ط ١٣٧٩ هـ ٠

د٠وحيد الدين سوار

(جـ) الحيل : المحظور منها والمشروع ، الجزء القانونى للأول وبطلانها والأثار القانونية للثانية وصحتها ط ١٩٤٦ م

د٠ عبد السلام زهنى

(د) المدخل للفقه الاسلامى ط ١٩٥٨م

د٠محمد سلام مدكور

(هـ) مختصر أحكام المعاملات الشرعية ط ١٣٦٨ للشـــيخ على الحفيف

(و) مصادر الحق فى الفقه الاسلامى

د٠عبد الرزاق السنهورى

(ز) الحيل الشرعية ط ١٩٧٣ م

د٠نجاشى على ابراهيم

(ح) الحيل الشرعية ط ١٩٧٣م

د٠محمد محمد ابراهيم الشرقاوى

(ط) نظرية الحق ط ١٣٨٧ هـ

د٠أحمد فهمى ابى سنة

(ى) النظريات الفقهية ط ١٩٧٩ م
د٠احمد طه

(ك) نظره عامة فى تاريخ الفقه الاسلامى ط ١٣٦١ هـ
د٠على حسن عبد القادر

(ل) أصول المرافعات الشرعية
د٠انور المعرسى ٠

(م) نظرية الدعوى والاثبات فى الفقه الاسلامى
د٠نصر فريد واصل

(ن) الفقه الاسلامى بين المثالية والواقعية
د٠مصطفى شلبى ٠

٧ ــ المعاجم

(أ) لسان العرب لابن منظور ط ١٣١ هـ

(ب) المصباح المنير ط ١٩٢٢ م
للعلامة الشيخ احمد بن محمد بن على المقرى الفيومى المتوفى ٧٧٠ هـ

(د) القاموس المحيط ط ١٩٥٢ م
تأليف مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزا آبادى

١١١ــ المراجع القــانونية :

ــ د٠أحمد مرزوق
نظرية الصورية فى التشريع المصرى ط ١٩٥٧ م

ــ د٠اسماعيل غانم
النظرية العامة للالتزامات (مصادر الالتزام) ط ١٩٦٨ م

ــ د٠السعية مصطفى السعيد
جرائم التزوير

ـ د٠أحمد سلامه

مذكرات فى نظرية الالتزام ط ١٩٧٨ م

ـ د٠انور سـلطان

أحكام الالتزام

ـ د٠ابو ستيت

نظرية الالتزام ط ١٩٥٤

ـ د٠أحمد نشأت

الأثبات

ـ أحمد فتحى زغلول

شرح القانون المدنى

ـ د٠جمال زكى

(أ) حسن النيه فى كسب الحقوق ـ رسالة دكتوراه ٠
(ب) الوجيز فى النظرية العامة للالتزامات ط ١٩٧٨ م

ـ د٠جلال العدوى

رابطة الالتزام

ـ د٠سليمان مرقس

الوجيز فى النظرية العامة للالتزامات

د٠عبد الرزاق السنهورى

الوسيط ج ١ ، ج ٢ طبعة ١٩٨١ م

ـ د٠عبد الودود يحيى

الموجز فى النظرية العامة للالتزامات (مصـادر الالتزام)
ط ١٩٨٢ م

- عبد الناصر العطار

(أ) الوجيز فى تاريخ القانون
(ب) نظرية الالتزام فى الشريعة الاسلامية والتشريعات العربية ط ١٩٧٥ م
(جـ) البداية فى شرح أحكام البيع

- د.على بدوى

مبادىء القانون الرومانى

- د.عبد الحميد الشواربى ، المستشار عز الدين الدناصورى

الصورية فى ضوء الفقه والقضاء ط ١٩٨٦ م

- د.عبد الفتاح عبد الباقى

أحكام الالتزام

- د.عبد المنعم فرج الصده

الأثبات فى المواد المدنية

- د.على راشد

شرح قانون العقوبات المصرى

- د.عبد المهيمن بكر

القسم الخاص فى قانون العقوبات ط ١٩٧٧/٧٦ م

- د.كامل مرسى

شرح القانون المدنى الجديد والالتزامات ط ١٩٥٤م

- د.لبيب شنب

دروس فى نظرية الالتزام ط ١٩٧٧/٧٦ م

ـ د.محسن شفيق

الوسيط فى القانون التجارى ط ١٩٥١ م

ـ د.محمود ابراهيم اسماعيل

جرائم الاشخاص والتزوير

ـ د.محمد عمران

الوجيز فى آثار الالتزام ط ١٩٨٤ م

٩ ـ المقـــالات

ـ الاستاذ عزيز خانكى

الصورية ووجوب اعتبارها جريمة جنائية ـ مجله القانون والاقتصاد السنة ٧ العدد ٣ ص ٤٢٨

ـ جونو شيفالييه

اعـــلان الارادة مشروع تنقيح التقنين المـــدنى ، مجلـــة القانون والاقتصاد السنة ١٢ العددان ٤ ، ٥ القسم الفرنسى ـ

١٠ـ مجموعات الاحكام فى القضاء المصرى

ـ مجموعة محمود عمر لأحكام محكمة النقض

ـ الموسوعة الذهبية للقواعـــد القانونية للاستاذين/حســـن الفكهانى ، د.عبد المنعم حسنى

ـ الموسوعة العامة لأحكام النقض للاستاذ/عبد المنعم الشربينى

١١٢ـ المراجع باللغة الفرنسية : **Bibliographie**

— Huc : Elementaire do droit civil 1898 .

— Ripert et Boulanger . Traité, élémentaire, de planiol 2 e édition. paris 1946 — 1947 -

-- Colin et Coptant, Cours. élémentaire, de droit loe édition Paz Julliol, la Morandiére, p 2 paris 1948 .

-- Matcel p laniol : Traité Elememtoire de droit civil. Tome deuxieme 1905 .

-- DEMOGUE : Traité de obligations en générol. paris 1932 - 1933 .

-- C Demolomle : Traité de Contratou des obligations conventionnelles egeneral xxlx 1879 .

— ايلين بارتان

نظرية ورقة الضد طبعة ١٨٨٥ م

— روســو

دراسة فى الفكرة القانونية للصورية ، رسالة باريس ١٩٣٧م

— جوسف تالون

ورقة الضد وبعض التطبيقات العملية فى القــانون المدنى والتجارى رسالة باريس ١٩٠٤ م

— ســالى

فى اعلان الاراده ط ١٩٢٩ م .

[illegible]

فهــــرست

الصورية فى القانون المدنى
(دراسة مقارنة بالفقه الاسلامى)

الصفحـــة

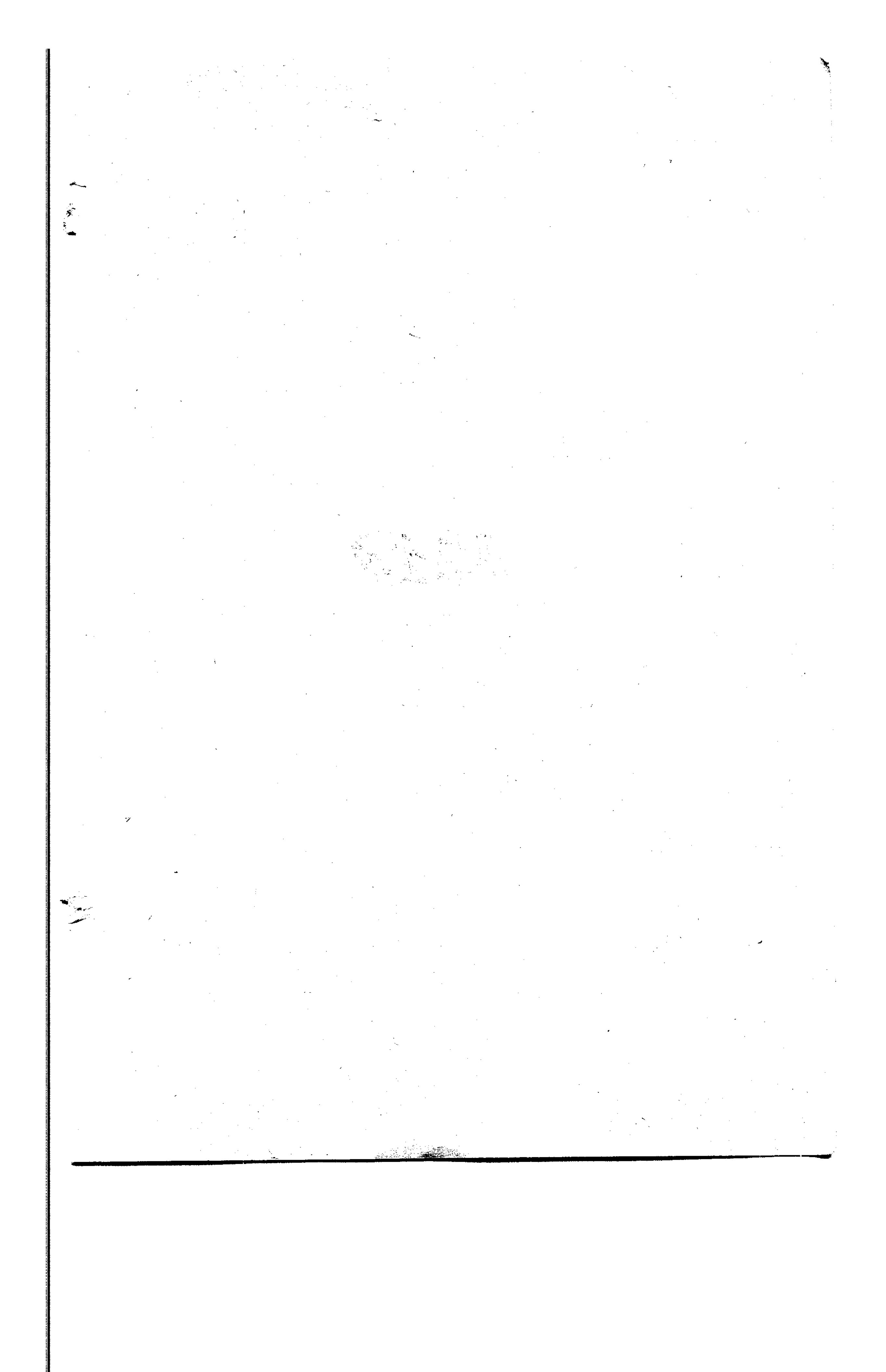
الصفحـــة

الصفحة

صفحة

صفحة

تمت بحمد اللہ تعالیٰ



رقم الايداع
٧٥٦٩ / ٨٧

